



PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

DÉBORA SOARES GUIMARÃES

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NOS ESTADOS
MEMBROS DO MERCOSUL: uma análise das alterações a serem
implementadas nos seus instrumentos internacionais de proteção**

Brasília
2009

DÉBORA SOARES GUIMARÃES

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NOS PAÍSES DO
MERCOSUL: uma análise das alterações a serem implementadas nos seus
instrumentos internacionais de proteção**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*/Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

Orientadora: Prof. Dra. Maria Elizabeth Guimarães

Co-orientadora: Prof. Dra. Samantha Meyer

Brasília
2009

A Jesus, por me dar fê para compreender, conhecimento para realizar, sabedoria para não desanimar, paciência para aguentar, esperança para viver e amor para não me perder no longo e difícil caminho da vida.

À minha mãe Teresinha, por ser meu esteio, meu amor, minha confiança, meu anjo.

A Mateus Brandão, pela amizade 'do fundo do coração' e para além desta vida.

Àqueles que não têm o que comer, o que beber, o que vestir, oportunidade para trabalhar, estudar e ter uma vida digna.

E a todos os estudantes que acreditam que a realização da justiça é possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo seu imensurável auxílio, sem o qual não teria conseguido concluir este trabalho.

Agradeço a minha orientadora Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (Tia Beth) e a minha co-orientadora Dra. Samantha Meyer P-flug pelos conhecimentos transmitidos e por toda a atenção, confiança, paciência, zelo e carinho, compartilhando comigo a árdua tarefa de pesquisar o Direito.

Agradeço à minha mãe, pelo amor e pela imensa paciência para comigo durante a realização deste trabalho e ao meu pai por ter me conduzido à Brasília, com grande dedicação, durante o período de mestrado.

Agradeço a Mateus, por aguentar minhas preocupações e angústias praticamente todos os domingos.

Agradeço às minhas irmãs, Angélica e Maira, e à minha amiga Déia pela ajuda na pesquisa bibliográfica e pelo apoio moral na elaboração desta pesquisa.

Agradeço a todos os integrantes do Coral Imaculada Conceição, em especial ao meu segundo pai, Alexandre, e à Nalvinha, pelas orações e por todo o amor e carinho.

Agradeço ao UNICEUB pela bolsa que me foi concedida e pela confiança depositada no meu esforço.

Agradeço ao Professor José Albino Filho e à Professora Ana Cordeiro Lucena por confiarem no meu talento e dedicação.

Agradeço a todos os meus alunos pelo carinho, respeito e por todos os conselhos, que foram em grande parte seguidos neste trabalho.

*“De tudo, ficam três coisas:
A certeza de que estamos sempre começando
A certeza de que precisamos continuar
A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.
Portanto, devemos:
Fazer da interrupção um caminho novo
Da queda, um passo de dança
Do medo, uma escada
Da procura, um encontro.”*

Fernando Pessoa

RESUMO

A presente dissertação versa sobre a efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul e tem como objetivo principal verificar se os tratados de proteção desses direitos, em especial, o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Carta Sociolaboral do Mercosul foram elaborados no sentido de dar plena efetividade aos preceitos neles contidos, relativamente aos direitos humanos sociais, bem como analisar a adequação entre o disposto nas referidas normas internacionais e a legislação constitucional de cada Estado Parte do Mercosul. Através do método dedutivo e com aporte na pesquisa dogmática (instrumental), a presente pesquisa também busca, por meio de um estudo apurado acerca dos instrumentos internos e internacionais de proteção dos direitos humanos sociais, demonstrar que é preciso se conferir justiciabilidade aos direitos humanos sociais não só no plano interno, mas também no plano internacional, dentro dos limites conferidos pela Reserva do Possível e pelo Mínimo Existencial, ou seja, possibilitar o emprego das comunicações interestatais e das petições individuais perante a Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Comissão Interamericana de Direito Humanos em caso de violações desses direitos, bem como se tomar o Mercosul como um bloco destinado não só ao estreitamento das questões econômico-financeiras, mas como instrumento de maximização da efetividade dos direitos humanos sociais a partir da criação de todo um aparato jurídico-administrativo em seu âmbito. Nesse sentido, propõe-se uma série de alterações a serem implementadas nas normas internacionais de proteção dos direitos humanos sociais, que, aliadas ao reconhecimento da justiciabilidade desses direitos, aperfeiçoarão o sistema internacional de proteção hoje existente para os países que compõem o Mercosul. Além do que, embora se verifique a adequação, em termos normativos, do disposto nas legislações constitucionais dos Estados Membros do Mercosul para com os preceitos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais, aponta-se para a necessidade de criação de um órgão especializado no âmbito do Mercosul voltado à proteção e promoção desses direitos e para a necessidade de uma harmonização na legislação laboral, a fim de se permitir a livre circulação de trabalho no âmbito do bloco.

Palavras-chave: efetividade. Direitos Humanos Sociais. Justicialização. Mercosul. Instrumentos Internacionais de Proteção. Constituição.

ABSTRACT

This dissertation is about the effectiveness of formal social rights within the Member States of Mercosul and its main objective to verify whether the treaties protecting those rights, in particular the International Covenant for the Protection of Economic, Social and Cultural Rights, the American Declaration of Human Rights and the Charter of socio Mercosul were prepared to give full effect to the provisions contained therein, for social rights, and examine the adequacy of the provisions of those international standards and constitutional law of each State Party of the Mercosul . Through deductive method and with the input search dogmatic (instrumental), this research also seeks, through a study found on the domestic and international instruments of social protection of human rights, we must demonstrate that it gives justice to the social rights not only at home but also at international level, within the limits set by the Reserve for Possible Low and existential, or permit the use of interstate communications and individual petitions to the Council on Economic, Social and Cultural Rights and the Inter-American Human Rights Commission in case of violations of those rights and make the Mercosul as a block for not only the strengthening of economic and financial issues, but as a tool for maximizing the effectiveness of social rights from the creation of a whole legal and administrative apparatus in scope. Accordingly, it proposes a number of changes to implement international standards of social protection of human rights, which, allied to the recognition of justice of those rights, improve the international system of protection now available to the countries comprising the Mercosul. Furthermore, although there is the appropriateness, in normative terms, the provisions of the constitutional laws of Member States of Mercosul to the precepts of international protection of human rights, social, points up the need to establish a specialized body within the Mercosul aimed to protecting and promoting these rights and the need for a harmonization of labor laws in order to allow free movement of labor within the block.

Keywords: effectiveness. Social Rights. Justicialization. Mercosur. International Instruments for Protection. Constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 DOS DIREITOS HUMANOS	16
1.1 Do processo de reconhecimento e normatização internacional dos direitos humanos	16
1.2 Da concepção contemporânea de direitos humanos	25
1.3 Do fundamento dos direitos humanos: universalismo vs. relativismo cultural	31
1.4 Da estrutura normativa do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos	34
<i>1.4.1 O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</i>	<i>36</i>
<i>1.4.2 Outras Convenções importantes no cenário de proteção global dos direitos humanos</i>	<i>45</i>
1.5 Dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Europeu, Africano e Interamericano	47
<i>1.5.1 Do Sistema Regional Europeu</i>	<i>47</i>
<i>1.5.2 Do Sistema Regional Africano</i>	<i>50</i>
<i>1.5.3 Do Sistema Regional Interamericano</i>	<i>52</i>
CAPÍTULO 2 DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO ADOTADOS PELO MERCOSUL	60
2.1 Da estrutura internacional de proteção dos direitos humanos sociais	60
<i>2.1.1 Dos direitos humanos sociais</i>	<i>60</i>
<i>2.1.2 Do contexto histórico de reconhecimento dos direitos humanos sociais</i>	<i>62</i>
<i>2.1.3 Do rol dos direitos sociais</i>	<i>65</i>
<i>2.1.4 Dos instrumentos globais de proteção</i>	<i>66</i>

2.1.5 <i>Dos Instrumentos de proteção adotados pelo Sistema Regional Interamericano</i>	73
2.2 Da proteção dos direitos humanos sociais no Mercosul	78
2.2.1 <i>Do Mercosul</i>	78
2.2.1.1 <i>Constituição e sentido do Mercosul</i>	78
2.2.1.2 <i>O Mercosul como União Aduaneira</i>	83
2.2.1.3 <i>Estrutura e órgãos do Mercosul</i>	86
2.2.2 <i>Dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotados pelo Mercosul</i>	90
2.2.2.1 <i>O espaço regional/comunitário como âmbito de conjugação e materialização da proteção dos direitos humanos</i>	90
2.2.2.2 <i>Dos instrumentos de proteção dos direitos humanos adotados no âmbito do Mercosul</i>	93
CAPÍTULO 3 – DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL	98
3.1 <i>Delimitação metodológica</i>	98
3.2 <i>Da eficácia e da efetividade da norma jurídica internacional</i>	99
3.2.1 <i>Da existência, vigência, validade e eficácia das normas jurídicas</i>	99
3.2.2 <i>Da efetividade das normas de direito internacional</i>	100
3.3 <i>Da Efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos países que integram o Mercosul</i>	102
3.3.1 <i>Do Constitucionalismo Social no Mercosul</i>	102
3.3.2 <i>Do Constitucionalismo Argentino e da recepção dos direitos sociais</i>	104
3.3.2.1 <i>Antecedentes históricos à reforma constitucional de 1994</i>	104
3.3.2.2 <i>A reforma constitucional de 1994 e a proteção dos direitos sociais</i>	108
3.3.2.3 <i>Da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico argentino</i>	111
3.3.3 <i>Do constitucionalismo brasileiro e da recepção dos direitos sociais</i>	112
3.3.3.1 <i>Antecedentes históricos à Constituição de 1988</i>	112

3.3.3.2 A Constituição de 1988 e a proteção dos direitos sociais	115
3.3.3.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro	121
<i>3.3.4 Do constitucionalismo paraguaio e da recepção dos direitos sociais</i>	<i>133</i>
3.3.4.1 Antecedentes históricos à Constituição de 1992	133
3.3.4.2 A Constituição de 1992 e a proteção dos direitos sociais	136
3.3.4.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico paraguaio	139
<i>3.3.5 Do Constitucionalismo Uruguaio e da recepção dos direitos sociais</i>	<i>139</i>
3.3.5.1 Antecedentes históricos à Constituição de 1967	139
3.3.5.2 A Constituição de 1967 e a proteção dos direitos sociais	142
3.3.5.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico uruguaio	144
CAPÍTULO 4 – DAS ALTERAÇÕES A SEREM IMPLEMENTADAS EM PROL DA EFETIVIDADE FORMAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL	147
4.1 Dos direitos humanos sociais como direitos fundamentais	147
<i>4.1.1 Dos direitos humanos e dos direitos fundamentais</i>	<i>147</i>
<i>4.1.2 Das dimensões dos direitos fundamentais</i>	<i>152</i>
<i>4.1.3 Das características dos direitos fundamentais</i>	<i>155</i>
<i>4.1.4 Da eficácia objetiva e subjetiva dos direitos humanos fundamentais</i>	<i>157</i>
<i>4.1.5 Da posição dos direitos humanos sociais na classificação das normas de direitos fundamentais</i>	<i>160</i>
4.1.5.1 Dos direitos fundamentais como direitos de defesa	161
4.1.5.2 Dos direitos fundamentais como direitos à participação	163
4.1.5.3 Dos direitos fundamentais como direitos à prestação	163
4.2 Da justiciabilidade dos direitos humanos sociais segundo a legislação constitucional dos Estados Membros do Mercosul	165
<i>4.2.1 Efetividade dos direitos sociais de defesa nas Constituições dos Estados Membros do Mercosul</i>	<i>165</i>

4.2.2	<i>Efetividade dos direitos sociais a prestações e dos direitos sociais expressos em normas programáticas nas Constituições dos Estados Membros do Mercosul</i>	167
4.2.2.1	Reserva do Possível	173
4.2.2.2	Mínimo Existencial	177
4.3	Da concepção progressiva dos direitos humanos sociais e da ausência de judicialização no plano internacional	182
4.3.1	<i>Da progressividade dos direitos humanos sociais e da busca pelo reconhecimento de sua justiciabilidade</i>	182
4.3.2	<i>Mecanismos que poderiam ser adotados no âmbito dos tratados de proteção dos direitos humanos sociais no intuito de maximizar o cumprimento de seus preceitos por parte dos Estados Ratificadores</i>	190
4.4	Da adequação entre os preceitos contidos nos tratados de proteção dos direitos humanos sociais e a legislação social dos Estados Membros do Mercosul	195
	CONCLUSÃO	
	201	
	REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los”.

Norberto Bobbio

Embora não figurem como instrumentos perfeitos, as convenções e tratados internacionais constituem o instrumento mais eficiente para a promoção da cooperação interestatal, inclusive em termos de proteção dos direitos humanos; o que justifica a busca por um grau cada vez maior de efetividade das normas internacionais, comumente das definidoras de direitos humanos e consagradoras da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a presente dissertação versará sobre a efetividade dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul e proporrá uma mudança de paradigma na percepção desses direitos, no sentido de deixarem de ser vistos como direitos de segunda geração expressos em normas programáticas, e, portanto, não passíveis de exigibilidade no plano internacional, e passarem a ser tomados como direitos humanos fundamentais e justiciáveis, viabilizadores de medidas judiciais, inclusive de tribunais internacionais, voltadas à sua proteção.

Com efeito, a problemática da efetividade tornou-se tema crucial em matéria de direitos humanos, em virtude do caráter essencial dos mesmos, de modo que a forma pela qual as normas internacionais são dispostas nos tratados, bem como a harmonização da legislação interna dos Estados ratificadores com essas normas têm repercussão direta na realização prática dos direitos humanos, inclusive dos sociais.

Salienta-se, porém, que não se estudará a efetividade material dos direitos humanos sociais, muito embora seja certo que não só fatores jurídicos, mas comumente fatores econômicos, políticos, sociais e culturais têm influência na concretização dos direitos sociais reconhecidos e tutelados no âmbito dos países membros do Mercosul. Esse enfoque exclusivamente jurídico se dá principalmente pela ausência de evidências objetivas e científicas disponíveis e atualizadas resultante das limitações de estudos e pesquisas.

Buscar-se-á, pois, privilegiar o estudo dos aspectos jurídicos, e não sociais, da efetividade das normas internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotadas no âmbito do Mercosul, ou seja, a sua efetividade formal e não material. Sendo assim, será considerada a efetividade formal no seu sentido semântico e não apenas sintático, ou seja, o cumprimento do disposto nas normas internacionais, e não apenas a sua mera capacidade de gerar efeitos; enfocando-se dois aspectos da efetividade: 1º - a adequação dos dispositivos de proteção dos direitos humanos sociais previstos nos tratados adotados no âmbito do Mercosul com a intenção impulsionadora dos mesmos, isto é, se verificará se os principais tratados de proteção dos direitos humanos sociais ratificados pelos países membros do Mercosul ou celebrados no âmbito deste, como é o caso da Carta Sociolaboral, foram elaborados no sentido de oportunizar o cumprimento efetivo de seus preceitos e o alcance da conseqüente proteção dos direitos humanos sociais pelos Estados ratificadores; e 2º - a adequação das Cartas Constitucionais dos respectivos Estados-partes do Mercosul aos preceitos estabelecidos pelas referidas normas internacionais.

Além do que, não será enfocada a efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito da Venezuela, pois embora este Estado figure como membro do Mercosul desde julho de 2006, questiona-se, a partir das alterações legislativas promovidas pelo seu atual governo, a sua caracterização como Estado Democrático de Direito; o que gera entrave na sua configuração como membro efetivo do Mercosul. Ademais, quanto ao Chile, Equador, Peru, Colômbia e Bolívia, estes Estados participam, até o momento, como países associados ao Mercosul e não como membros; o que faz com que a análise de sua legislação constitucional interna também não encontre respaldo na presente pesquisa.

O estudo aqui proposto tem por fundamento o Direito Internacional, ramo do direito que se encontra em constante processo de transformação e no qual os direitos humanos têm ganhado grande repercussão em virtude de seu papel viabilizador da dignidade humana e da cooperação entre os Estados e demais atores internacionais em prol desse fim.

A análise dogmática (instrumental) constitui o recurso metodológico a ser utilizado na presente dissertação, porquanto esta sedimentará suas bases em conceitos e ensinamentos propostos pela vertente jurídica, bem como na análise das normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos sociais e da doutrina sobre o tema, para chegar às alterações a serem implementadas em prol da maximização da efetividade dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul, com aporte no método dedutivo.

Não é demais salientar que este estudo possui campo de atuação delimitado, não pretendendo analisar todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos sociais, mas tão somente o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Carta Sociolaboral do Mercosul, fazendo um paralelo do disposto nos referidos tratados com a legislação constitucional interna de cada Estado Parte do bloco.

Também não se terá como abordar todas as alterações jurídicas apontadas pela doutrina como viabilizadoras da efetividade dos direitos sociais no plano internacional, de sorte que só serão abarcadas aquelas tidas como especialmente adequadas ao quadro normativo dos países integrantes do Mercosul. Ademais, cumpre ressaltar que este estudo não pretende perpassar por toda a estrutura representada pelo Mercosul, mas apenas pelos mecanismos internacionais que têm sido empregados no âmbito do mesmo em prol da consecução dos direitos humanos sociais.

Na busca pela maximização da efetividade, em termos formais, dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul, será defendida a mudança de paradigma em relação a concepção normativa conferida àqueles direitos, para que deixem de ser vislumbrados como direitos expressos em normas programáticas e de realização progressiva e passem a ser positivados como direitos justiciáveis, isto é, passíveis de ensejar petições individuais ou comunicações interestatais no plano internacional.

Nesse sentido, também se proporá a judicialização dos direitos humanos sociais dentro dos limites conferidos pela Teoria da Reserva do Possível, mas sem perder de vista o Mínimo Existencial que deve ser garantido pelos Estados e em defesa do qual se deve insurgir o Poder Judiciário, no âmbito interno dos Estados, e os Tribunais de Jurisdição Internacional, para além das suas fronteiras.

Acompanhando a proposta de mudança de paradigma, tida como essencial, seguirá também a proposta de implementação de uma série de alterações jurídicas e administrativas no âmbito do bloco, como a criação de um departamento específico voltado à tutela dos direitos humanos sociais, a atribuição de competência contenciosa à Comissão Sociolaboral do Mercosul e a realização de encontros periódicos voltados à discussão da questão social, dentre outras; buscando-se tomar o Mercosul como um bloco destinado não só ao estreitamento das questões econômico-financeiras, mas como instrumento de maximização da efetividade dos direitos humanos sociais.

Também serão estudadas as legislações constitucionais de cada Estado Membro do Mercosul, a fim de se verificar a adequação entre seus preceitos e o disposto no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Declaração Americana de Direitos Humanos e na Carta Sociolaboral do Mercosul relativamente aos direitos humanos sociais.

No que concerne à estruturação, o primeiro capítulo abordará o processo de reconhecimento e normatização internacional dos direitos humanos, a concepção contemporânea e o fundamento desses direitos, bem como o sistema global e os sistemas regionais de proteção, em especial o sistema interamericano, intrinsecamente relacionado aos Estados Membros do Mercosul.

O segundo capítulo, por sua vez, tratará da estrutura internacional de proteção dos direitos sociais e dos mecanismos jurídicos hoje adotados pelo Mercosul em prol desses direitos, enquanto o terceiro capítulo versará sobre a efetividade dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul (Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai), a partir do enfoque da legislação constitucional de cada um desses países. Já o quarto e último capítulo enfocará a justiciabilidade dos direitos humanos sociais nos planos interno e internacional e proporá uma série de alterações jurídicas a serem implementadas em prol da maximização da efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos países que compõem o Mercosul.

CAPÍTULO 1 DOS DIREITOS HUMANOS

Compreender o processo de reconhecimento e normatização dos direitos humanos, comumente dos direitos humanos sociais, no plano internacional, bem como a idéia de justicialização desses direitos constitui o propósito central desse primeiro capítulo. Isso porque é a partir da compreensão desse contexto, bem como dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos sociais hoje empregados pelo Mercosul que serão propostas medidas voltadas a maximizar a efetividade daqueles direitos.

1.1 Do processo de reconhecimento e normatização internacional dos direitos humanos

Segundo Cançado Trindade, embora a noção de direitos inerentes à pessoa humana encontre expressão ao longo da história, em regiões e épocas distintas, a formulação jurídica desta noção, no plano internacional, é historicamente recente, sendo articulada nos últimos cinquenta anos, principalmente a partir da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.¹

Nesse sentido, não se pode olvidar que as raízes do que hoje entendemos por proteção internacional dos direitos humanos é tão antiga como a própria história das civilizações, encontrando respaldo nos movimentos sociais e políticos, correntes filosóficas e doutrinas jurídicas, que floresceram ao longo de vários séculos em diferentes regiões do mundo.²

O processo de reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional está aliado à idéia de dignidade da pessoa humana, pedra de toque que traz a necessidade de construção de todo um aparato normativo internacional voltado à garantia de sua proteção, sendo fruto de grandes movimentos e manifestações sociais.

Lindgren Alves ensina que o processo de afirmação dos direitos humanos ao longo da história se iniciou como uma reação dos indivíduos aos excessos estatais.³ Porém, muito antes do surgimento da própria concepção de Estado, já se desenvolviam no mundo estudos acerca da conceituação da pessoa humana e dos direitos que lhe são inerentes, de sorte que já no período compreendido entre os séculos VIII a II a.C, também conhecido com período axial da história da humanidade, já se passou a reconhecer o ser humano como ser dotado de

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 17.

² Ibidem, p. 17.

³ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 103.

liberdade e razão, bem como a existência de direitos universais a ele inerentes, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.⁴

Comparato enuncia que a evolução do conceito de pessoa humana e o reconhecimento de direitos a ela inerentes foram marcados por cinco grandes discussões. A primeira ocorreu no 1º Concílio Ecumênico, realizado na Nicéia, em 325 d.C, em que os teólogos se centraram na pessoa de Jesus Cristo, e não na pessoa humana propriamente dita, reconhecendo sua natureza humana e divina; enquanto a segunda, ocorrida no início do século VI d.C, com Boécio, gerou a afirmação segundo a qual “diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”.⁵

É nessa segunda fase que surge a concepção medieval de pessoa humana, entendida como a própria substância do homem, e não apenas como máscara ou corpo; concepção esta que conduziu à construção da noção de igualdade essencial a todo ser humano.⁶

A terceira fase de desenvolvimento do conceito de pessoa humana, foi marcada, segundo o referido autor, pela filosofia Kantiana, segundo a qual só a pessoa humana, pela sua vontade racional, é capaz de viver em condições de autonomia, ou seja, de guiar-se pelas leis que ela própria edita, não podendo aquela ser considerada simplesmente como uma coisa nem utilizada como um meio, mas considerada sempre e em todas as suas ações como um fim em si mesma.⁷ Segundo a visão Kantiana, o ser humano jamais pode ser tido como mercadoria, na medida em que é dotado de racionalidade, que lhe confere a capacidade de autonomia, devendo ser respeitado como tal.⁸

Já a quarta etapa de evolução é marcada pela consagração do princípio de que a pessoa é, ao mesmo tempo, legislador universal, em virtude dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas; bem como pela consideração dos direitos humanos como essenciais para a subsistência de uma sociedade organizada.⁹

⁴ COMPARATO, Fábio Konter. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

⁵ Ibidem, p. 19.

⁶ COMPARATO, Fábio Konter. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação para a metafísica dos costumes**: textos selecionados. 2º ed. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; traduções de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 135.

⁸ Ibidem, p. 135.

⁹ FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 22.

A quinta e última etapa de desenvolvimento da idéia de pessoa humana, conforme lições de Comparato, teve seu marco inicial no século XX, com a filosofia da vida e o pensamento existencialista, “como forma de reação contra a despersonalização do homem decorrente da evolução industrial e tecnológica dos séculos anteriores”.¹⁰

Nessa fase, foi preconizada a essência evolutiva do ser humano, cuja personalidade é moldada pela própria história; de sorte que a conjugação das essências biológica e história do ser humano fundamentou a tese do caráter histórico dos direitos humanos, pela qual os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades e nascidos de modo gradual.¹¹

Quanto ao processo de normatização dos direitos humanos, a Magna Carta Inglesa, de 1215, figura como o primeiro instrumento histórico relevante voltado ao reconhecimento de certos direitos humanos fundamentais, principalmente do direito de propriedade; representando um instrumento de limitação do poder do monarca frente aos direitos próprios da nobreza e do clero e que existiam independentemente do seu consentimento.¹²

Embora não tenha sido um instrumento de caráter popular, a Magna Carta assegurou alguns direitos fundamentais da nobreza e do clero, como o reconhecimento de liberdades eclesiásticas, a proporção entre a pena e o delito praticado, o direito de acesso à Justiça, uma espécie de legalidade tributária, entre outros.

Historicamente, as correntes de pensamento desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII contribuíram para a formulação jurídica dos direitos humanos ao introduzirem a idéia de que esses direitos, inerentes a cada ser humano e inalienáveis, antecedem aos direitos dos Estados e devem ser por estes protegidos.¹³

Além da Magna Carta, outros instrumentos normativos, advindos dessas correntes de pensamento, figuraram no processo de afirmação histórica dos direitos humanos, como a Lei do Hábeas Corpus de 1679, que garantia a proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos através do emprego daquele remédio jurisdicional; e a Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of*

¹⁰ FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 22.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

¹² FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 24-25.

¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 18-19.

Rights), que, ao garantir a separação de poderes entre Executivo e Legislativo, como forma de tutelar as liberdades civis, e ao reconhecer o parlamento como órgão político apto para defender os interesses dos súditos contra o monarca, criou o que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria a denominar uma garantia institucional, isto é, “uma forma de Estado cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana”.¹⁴

Ferreira aponta como documentos relevantes para o processo de reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional a Declaração de Direitos do bom povo da Virgínia de 1776; a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América de 1776, em que a soberania popular e os direitos à vida, liberdade e busca da felicidade, entre outros, são tidos como direitos inalienáveis; e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que representou o fim do absolutismo francês e a ascensão do chamado Terceiro Estado, recebendo grande influência de pensadores iluministas, tais como Locke, Rousseau, Thomas Paine e Montesquieu.¹⁵

Na visão de Ferreira, a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 teve como característica principal o reconhecimento de direitos naturais e imprescritíveis do homem, relacionando entre eles a igualdade, liberdade, a propriedade, a segurança de o direito de resistência à opressão. Nessa linha, outro documento igualmente importante foi a Constituição Francesa de 1948, pelo reconhecimento de direitos sociais decorrentes da evolução da industrialização e do capitalismo, no século XIX.¹⁶

No plano internacional, a Convenção de Genebra de 1864, que inaugurou o chamado direito internacional humanitário, instituindo a proteção de populações civis atingidas por um conflito bélico e dos soldados doentes e feridos, figura como o marco inicial de reconhecimento e normatização dos direitos humanos no plano internacional.¹⁷

A Convenção de Genebra de 1864 abriu as portas para a humanização do Direito Internacional, ou seja, para a consecução de normas internacionais voltadas à tutela de direitos universais inerentes à condição humana.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konter. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 90.

¹⁵ FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 30-31.

¹⁶ Ibidem, p. 31.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konter. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 169-170.

No âmbito interno, as Constituições Mexicana, de 1917, e Alemã (Constituição de Weimar), de 1919, representaram um modelo de estrutura constitucional voltada ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, além de caracterizarem o Estado como agente protetor da pessoa humana contra as contingências sociais e econômicas, de forma a constituir as bases do Estado Social de Direito.¹⁸

Embora tenham sido expressão do direito interno de seus respectivos Estados, as Constituições Mexicana e Alemã tiveram crucial importância para o reconhecimento e tutela internacional dos direitos humanos, na medida em que passaram a prever como direitos humanos fundamentais não só os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais; que, mais tarde vieram a integrar juntos a concepção contemporânea dos direitos humanos.¹⁹

Também figurou como de grande importância para a consagração internacional dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918 e a Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de julho de 1918, que trouxeram a idéia de igualdade material, para além daquela formal prenunciada pela Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de janeiro de 1918 e a Constituição da República Socialista Federativa Soviética da Rússia, de julho de 1918 reconheceram que, como os homens em sociedade não estão em pé de igualdade relativamente às condições reais de vida em meio ao desenvolvimento econômico e social, deve ser garantida não uma igualdade política e formal entre os indivíduos, mas uma igualdade econômica e social, a partir das condições concretas de vida das pessoas.²⁰

Nesse sentido, Ferreira aponta como uma das falhas dos referidos instrumentos justamente a abdicação relativa aos direitos civis e políticos, vistos como direitos da burguesia e da nobreza, liberais e individualistas; o que confronta com a idéia de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.²¹

Piovesan assere que três noções serviram de base para a internacionalização dos direitos humanos: o Direito Humanitário, que constitui o componente de direitos humanos em

¹⁸ FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 39.

¹⁹ Ibidem, p. 39.

²⁰ FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007. p. 41.

²¹ Ibidem, p. 43.

época de guerra, destinando-se à proteção de militares postos fora de combate e das populações civis; a Convenção da Liga das Nações, criada em 1920, no período pós 1º Guerra Mundial, que continha previsões genéricas relativas aos direitos humanos (direito das minorias e proteção internacional do trabalho); e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja finalidade foi promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar.²²

Pode-se dizer que foi a partir desses três instrumentos, que o Direito Internacional voltou-se à salvaguarda dos direitos do ser humano, e não às prerrogativas dos Estados. Rompeu-se, ainda, com a noção de soberania estatal absoluta, na medida em que se passou a admitir intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos.

Porém, a consolidação da Proteção Internacional dos Direitos Humanos só se deu efetivamente no período pós 2º Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948, e, principalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de dezembro de 1948.²³

Segundo Piovesan, a Carta das Nações Unidas de 1945 veio consolidar o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados em elevar a proteção desses direitos como uma das finalidades das Nações Unidas.²⁴

Comumente, Rezek preconiza que “até a fundação das Nações Unidas, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema de direitos humanos”, muito embora de longa data alguns tratados avulsos já cuidavam, incidentalmente, de proteger minorias dentro do contexto da sucessão estatal, não se podendo esquecer que ao longo do século XIX também se viu a prática da chamada intervenção humanitária, que consistia em incursões militares de determinadas potências em território alheio a pretexto de proteger a vida e o patrimônio de seus nacionais que ali se encontrassem.²⁵

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

²³ Ibidem, p. 34.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 143.

²⁵ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11ª edição. São Paulo: saraiva, 2008. p. 218.

A Carta das Nações Unidas denotou, sem dúvida, a preocupação das diversas nações do mundo com a criação de mecanismos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, sendo que, mais tarde, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 veio definir direitos humanos e liberdades fundamentais no plano internacional.

Segundo Lindgren Alves, a Declaração Universal de 1948 “define de maneira clara e singela os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como alicerces da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, de modo a proclamar “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, e não a representar um mínimo denominador comum de distintos sistemas e culturas”.²⁶

Com efeito, no início do século XX, os direitos humanos foram ligados à idéia de bem comum, mas o processo de generalização de sua proteção só veio a se consubstanciar em 1948, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consolidou a concepção contemporânea dos direitos humanos, fundada na universalidade, indivisibilidade e interdependência desses direitos.²⁷

Donnelly destaca que, primeiramente, a Declaração consagra os direitos universais como mecanismos de implementação de valores relativos à não-discriminação e a um adequado padrão de vida, e relaciona a aplicação daqueles direitos a indivíduos, e não a entidades corporativas; ensinando ainda que a Declaração pressupõe que o indivíduo a ser protegido esteja inserido dentro de uma sociedade politicamente organizada, de sorte a vincular a proteção do indivíduo à sua inserção em algum grupo social.²⁸

O referido autor assere ainda que a Declaração Universal institui que todos os direitos humanos devem ser reconhecidos e tratados como universais, interdependentes e indivisíveis, cabendo aos Estados a responsabilidade de garantir e implementar esses direitos aos seus cidadãos.²⁹

Quanto à força jurídica vinculante da Declaração Universal dos Direitos do Homem, Rezek ensina que, desde o seu surgimento, a Declaração, que esta foi adotada na forma de resolução e não de um tratado, só enuncia normas substantivas, não instituindo qualquer

²⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997. p. 26-27.

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 18-19.

²⁸ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2º ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003. p. 23.

²⁹ Ibidem, p. 26.

órgão internacional de índole judiciária ou semelhante para garantir a eficácia de seus princípios, nem disponibiliza ao ser humano, enquanto objeto de proteção, vias concretas de ação contra a ofensa dos direitos humanos por parte dos Estados.³⁰

Mas isso não lhe retira a força jurídica vinculante e obrigatória, na medida em que a Declaração constitui a interpretação oficial da expressão direitos humanos, tendo assim os Estados membros da ONU a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração, além desta integrar o direito costumeiro internacional e/ou os princípios gerais de direito; de sorte que a incorporação dos direitos humanos nela previstos nas Constituições nacionais, as freqüentes referências feitas por resoluções das Nações Unidas à obrigação legal de todos os Estados de observar a Declaração Universal e as decisões proferidas pelas Cortes Internacionais que se referem à Declaração Universal como fonte de direito são argumentos suficientes para denotar sua força normativa vinculante e obrigatória.³¹

E essa visão, inicialmente defendida por juristas e depois reiterada por conferências internacionais e decisões judiciais parece hoje ter alcançado uma aceitação generalizada.³² A Declaração Universal dos direitos humanos apresenta-se como um dos parâmetros fundamentais pelos quais a comunidade internacional deslegitima os Estados, ou seja, um Estado violador dos dispositivos contidos na Declaração merece reprovação por parte da comunidade mundial.³³

Não se pode olvidar, porém, da ausência de previsão, por parte da Declaração Universal, de meios especificamente jurisdicionais voltados à consecução dos direitos nela explicitados, de sorte que no intuito de promover a “jurisdicização” da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram elaborados em 1966 dois Tratados distintos no âmbito das Nações Unidas (que só entraram em vigor em 1976, pois somente nesta data alcançaram o número de ratificações necessárias a tanto): o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que trouxeram mecanismos de concretização dos direitos humanos expressos naquela.

³⁰ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 218.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 143.

³² LILLICH, Richard B. Civil Rights in Theodor Meron (ed), **Human Rights in international law: legal and policy issues**. Oxford: Clarendon Press, 1984 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146.

³³ CASSESE, Antonio. **Human rights in a changing world**. Philadelphia: Temple University Press, 1990. p. 46-47.

A decisão de elaborar dois Pactos distintos de proteção dos direitos humanos foi tomada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1951, sendo que esta elaboração de Pactos distintos também veio acompanhada de uma distinção quanto às medidas de implementação dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, do outro. De modo que, desta distinção resultou o fato de que enquanto os direitos civis e políticos são suscetíveis de aplicação “imediate”, exigindo medidas de abstenção por parte dos Estados, os direitos econômicos, sociais e culturais são passíveis de aplicação progressiva, requerendo obrigações positivas do Estado em seu âmbito interno.³⁴

Essa distinção de tratamento para os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, se afigurou, na realidade, como um reflexo da profunda divisão ideológica que o mundo vivenciou no início dos anos cinquenta, acabando por influenciar os trabalhos das Nações Unidas, de sorte que enquanto o chamado “grupo ocidental” enfatizou a defesa dos direitos civis e políticos, o “bloco socialista” privilegiou os direitos econômicos, sociais e culturais.³⁵

Um dos fatores que também contribuiu para este tratamento diferenciado dos direitos humanos foi a tese das “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio que ao conceber os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos de segunda geração e realização progressiva, ao invés de ajudar a combater a visão atomizada e fragmentada dos direitos humanos, acabou por convalidar essa disparidade, tornando a proteção daqueles direitos mais longe da realidade prática.

A situação de segregação entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais começou a se modificar com a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, dois anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, que proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos ao determinar que a realização plena dos direitos civis e políticos não seria possível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.³⁶

Finalmente, com a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, houve a consolidação da concepção de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos

³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 354.

³⁵ Ibidem, p. 355.

³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 359.

humanos introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, na medida em que a Declaração de Viena afirmou, em seu parágrafo 5º, que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A Comunidade Internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Mas, apesar de hoje já haver um consenso internacional acerca da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, ainda persiste a disparidade entre os métodos de implementação da proteção internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais; disparidade esta que contribui para a permanência da ineficácia em termos de proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais e que será objeto de enfoque no último tópico do presente capítulo.

1.2 Da concepção contemporânea de direitos humanos

Os direitos humanos são fruto da busca por dignidade humana. Nasceram como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares e encontram plena realização como direitos positivos universais³⁷; e fundam-se no valor-fonte do direito que se atribui a cada pessoa humana pelo simples fato da sua existência, retirando seu suporte de validade da dignidade da qual toda e qualquer pessoa é portadora e que, no entender de Canotilho, corresponde ao “princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico Della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto individual”.³⁸

Neste trabalho, não se parte da concepção de direitos humanos norteadas pela dogmática jurídica, pela qual não há direitos humanos derivados da mera condição humana, mas apenas direitos derivados de estatutos jurídicos, atos jurídicos, negócios jurídicos e fatos jurídicos criados por um ordenamento jurídico positivo; compreendendo como meras ficções aqueles direitos situados para além dos ordenamentos jurídicos.³⁹

Também se repugna a doutrina moderna dos direitos do homem, cuja gênese funda-se no jusracionalismo moderno do século XVII e tem sua configuração definitiva no positivismo

³⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 672.

³⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 67-68.

jurídico do século XIX, na medida em que compreende os direitos humanos como direitos inerentes à qualidade do indivíduo isoladamente considerado, desconsiderando a influência das relações sociais sobre esses direitos, ou seja, tomam como referência somente o indivíduo (qualidade), excluindo a referência aos demais (relação).⁴⁰

Em verdade, esse estudo funda-se na concepção contemporânea de direitos humanos, norteadada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cuja referência à comunidade é essencial para a compreensão dos direitos da pessoa humana. Ora, como bem salienta Barzotto, o lugar da realização dos direitos é a comunidade, sendo os direitos humanos uma relação que se tem com os demais membros da comunidade.⁴¹

Assim, afasta-se da idéia da dogmática jurídica, que mede o humano a partir do direito e tomamos a pessoa humana como medida do direito, adotando o pensamento de Barzotto, que utiliza a ética tomista como matriz teórica “que permite depurar o conceito de direito subjetivo dos limites da dogmática jurídica, para adequá-lo às necessidades dos direitos humanos”.⁴²

Nesse contexto, Barzotto ensina que para que alguém possua a titularidade de direitos humanos, basta que pertença à espécie humana, ou seja, o titular dos direitos humanos é, pura e simplesmente, o ser humano; que, segundo a metafísica realista, deve ser titular de uma pluralidade de direitos que tutelem as várias dimensões da natureza humana em circunstâncias concretas como a animalidade (vida e saúde), racionalidade (liberdade, educação, direitos políticos), sociabilidade (família, comunicação e associação). Assim, Barzotto adota a posição realista, pela qual há direitos que são comuns a todos os seres humanos, muito embora possam ganhar conotações diferentes a depender da realidade sob a qual se desenvolvem.⁴³

Barzotto também assevera que a concepção contemporânea dos direitos humanos vislumbra o ser humano levando em consideração a sua relação com os demais, na medida em que apenas a partir dessa relação é que é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. Logo, o referido autor destaca como fundamento dos direitos humanos e do entendimento destes como direitos subjetivos a busca pelo justo subjetivo, ou seja, pelo bem de todos, sem o qual não há como o ser humano, um ser social, alcançar a sua auto-realização,

⁴⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 68-69.

⁴¹ Ibidem, p. 69.

⁴² BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 77.

⁴³ Ibidem, p. 79.

uma vez que o bem do outro é constitutivo do seu bem, de modo a superar a oposição pessoa/sociedade.⁴⁴

Desse modo, a concepção contemporânea dos direitos humanos os toma como direitos naturais em um sentido mitigado, ou seja, como expressão histórica de algo natural, cujo núcleo essencial é absoluto e preservado, mas que assumem uma feição mutável segundo as circunstâncias concretas de uma comunidade e que objetivam, em última análise, a tutela da pessoa humana como ser social, ou seja, a realização do bem comum. E essa concepção contemporânea dos direitos humanos não comporta mais sua divisão em gerações, preconizando o reconhecimento de sua indivisibilidade, universalidade e interdependência.⁴⁵

Piovesan asseve que a concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, é fruto da internacionalização de direitos humanos, que figura, por sua vez, como um movimento extremamente recente na história, “surgindo a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”.⁴⁶

A Era Hitler marcou o Estado como o principal violador de direitos humanos, reduzindo a titularidade de direitos aos seres humanos pertencentes a uma única raça, de sorte que é a partir desse cenário de horror marcado pelo genocídio concebido como projeto político e industrial que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético voltado a nortear o ordenamento jurídico internacional contemporâneo.⁴⁷

Nas palavras de Buergenthal, o desenvolvimento do moderno direito internacional dos direitos humanos pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos praticadas na era Hitler, bem como à crença de que parte dessas violações poderiam ter sido evitadas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse na época.⁴⁸

Outrossim, aliada a essa crença e como efeito da barbárie cometida no período da 2ª Guerra Mundial, a comunidade internacional passa a repudiar a concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, e fundada nos ensinamentos Kelsenianos,

⁴⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 98-99.

⁴⁵ Ibidem, p. 674.

⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

⁴⁷ SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. **Estudos Avançados**, n. 12 (33), 1998. p. 149.

⁴⁸ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998. p. 17.

passando-se a conceber um ordenamento jurídico baseado em valores éticos fundamentais inerentes à condição humana, os quais não podem ser ignorados pela norma jurídica, mas por ela tutelados, havendo um reencontro com o pensamento Kantiano, com as idéias de moralidade e dignidade, do ser humano racional dotado de autonomia, decorrente da sua dignidade e racionalidade, com o Direito Cosmopolita e a paz perpétua.⁴⁹

Desse esforço de reafirmação internacional dos direitos humanos emerge, de um lado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, de outro, o Constitucionalismo de Valores Mínimos, nova feição do Direito Constitucional Ocidental, voltado à consecução de princípios e valores, com ênfase na dignidade da pessoa humana. Assim, enquanto no âmbito internacional começa a ser delineado um sistema normativo de proteção dos direitos humanos, como projeção da vertente de um constitucionalismo global, voltado a tutelar os direitos humanos fundamentais e a limitar o poder estatal; o Direito Constitucional Ocidental vivencia a adoção de textos constitucionais dotados de elevada carga axiológica.⁵⁰

Segundo lições de Canotilho,

o constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. [...] É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional).⁵¹

A adoção do valor da dignidade humana como superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo está intrinsecamente ligada à idéia de que não se pode vislumbrar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado, sendo imperioso reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade, ou seja, não é a norma jurídica posta que justifica a proteção dos direitos humanos, mas sim a exigência de proteção dos direitos humanos que justifica a criação da norma.⁵²

Nesse cenário, a concepção contemporânea dos direitos humanos encontra-se fundada na universalidade, na indivisibilidade e na interdependência desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a perspectiva de que a

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

⁵⁰ Ibidem, p. 9.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1217.

⁵² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2º ed. San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. p. 206.

condição de pessoa humana é o único requisito para a titularização desses direitos, considerando-se o ser humano como um ser “essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana”.⁵³ Indivisibilidade e interdependência porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais e vice versa.

Na visão de Piovesan, essa concepção inovadora dos direitos humanos gera duas importantes consequências no plano do Direito Internacional: 1º - o abandono da idéia de soberania absoluta dos Estados, que passa por um processo de relativização, a partir da admissão de intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos, isto é, transita-se da concepção “hobbesiana” de soberania, centrada na figura estatal, para uma concepção “Kantiana” de soberania, fundada na cidadania universal; 2º - a concepção do indivíduo como sujeito de direitos enunciados no plano internacional.⁵⁴

Desse modo, a forma pela qual o Estado trata seus cidadãos e garante os direitos a estes inerentes passa a ser matéria de Direito Internacional, e não mais algo restrito ao ordenamento jurídico interno de cada Estado, em função da sua soberania.

Cançado Trindade assere que a concepção contemporânea dos direitos humanos abandona a visão simplista que os dividia em gerações, e implica no reconhecimento de que os direitos humanos, ao invés de se sucederem, em realidade se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais, pondo por terra a tese das chamadas “gerações de direitos”, prelecionada por Bobbio.⁵⁵

Nesse diapasão, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, desenvolvido a partir da concepção contemporânea desses direitos, “se insurge contra a seletividade discricionária, seja no tocante aos destinatários de suas normas, seja em relação às condições de aplicabilidade das mesmas”, não se nutrindo de barganhas de reciprocidade ente os Estados, mas se inspirando nas considerações de ordem pública em defesa de interesses comuns superiores e da realização plena da Justiça.⁵⁶

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de autonomia e especificidade própria, parte da premissa básica de que os direitos humanos são inerentes à condição

⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

⁵⁴ Ibidem, p. 12.

⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente** – paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 222-224.

⁵⁶ Ibidem, p. 26.

humana, e como tais antecedem a todas as formas de organização política, e de que sua proteção não se esgota nem se pode esgotar na ação do Estado; o que impõe uma interpretação dos tratados de direitos humanos voltada à fiel realização do seu objeto e propósito, e não à autonomia da vontade das partes.⁵⁷ De modo que essa interpretação dos tratados de direitos humanos deve estar pautada em critérios objetivos que, por sua vez, evidenciam a realização do propósito último desses tratados, qual seja: a proteção da pessoa humana.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos, integrado por tratados internacionais que denotam a consciência ética contemporânea compartilhada entre os Estados, e a busca pela salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – “do mínimo ético irreduzível”.

E, ao lado do sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, surgem os sistemas regionais de proteção, no intuito de internacionalizar a proteção dos direitos humanos nos planos regionais, comumente na Europa, África e América, consolidando-se a existência de sistemas regionais de proteção complementares ao aparato global de tutela dos direitos humanos, os quais serão enfocados nos tópicos ulteriores.

Há que se salientar também que dentro da concepção contemporânea de direitos humanos, se insere o entendimento segundo o qual a Democracia crítica⁵⁸ é a forma de Estado atualmente tida como a mais compatível com a proteção dos direitos humanos. Isso porque essa forma de Estado está caracterizada pelo reconhecimento de valores mínimos inerentes à pessoa humana voltados a orientar o debate racional representado pelo exercício da liberdade política; de sorte a oportunizar o desenvolvimento do Constitucionalismo de valores mínimos, que protege os direitos e garantias fundamentais, impedindo a prática de atrocidades.

Ainda dentro dessa concepção, se insere a idéia de direito ao desenvolvimento como um direito universal e inalienável, consagrado como tal pela Declaração de Viena de 1993, e

⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 26.

⁵⁸ Nesse sentido, Zagrebelsky faz uma distinção entre democracia cética, dogmática e crítica. A democracia cética corresponde ao modelo kelseniano de democracia, caracterizado pela presença de voto popular, mas sem a necessária preocupação com os direitos e garantias fundamentais, dando ensejo a um governo capaz de limitar ou até mesmo violar os direitos humanos. Já a democracia dogmática tem um fundo ideológico, enquanto a democracia crítica busca conjugar a prevalência da vontade da maioria expressa no direito de voto com a proteção da minoria a partir da previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais, que não podem ser sufragados pelo governo e que representam uma limitação imposta a este. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1996. p. 43).

cuja realização deve se dar mediante uma globalização ética e solidária, norteadas pela repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico da população mundial⁵⁹ e pela concepção de desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir.⁶⁰ Nesse sentido, a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre democracia crítica, o desenvolvimento e os direitos humanos.⁶¹

1.3 Do fundamento dos direitos humanos: universalismo vs. relativismo cultural

É importante destacar a discussão travada entre universalistas e relativistas acerca do fundamento dos direitos humanos, a fim de que possamos delimitar o entendimento sobre o qual se sedimentará nossos argumentos no que tange à efetivação dos direitos sociais nos países do Mercosul.

O debate entre os universalistas e relativistas culturais gira em torno da fundamentação das normas de direitos humanos, ou seja, da seguinte questão: existem direitos humanos universais ou os direitos humanos são culturalmente relativos?

Embora a concepção contemporânea dos direitos humanos seja norteadas pela universalidade desses direitos, tidos como inerentes a toda e qualquer pessoa humana, a questão não é tão simples como parece, já que essa concepção universal demarcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos sofre fortes resistências por parte dos adeptos do relativismo cultural.

Os universalistas concebem os direitos humanos como direitos decorrentes da dignidade humana, na condição de valor intrínseco à condição humana, defendendo a existência de um mínimo ético irreduzível, cujo alcance pode até ser discutível de acordo com a cultura adotada, mas que não perde seu caráter de inerência à condição humana enquanto tal. De sorte que para os universalistas, ainda que se possa falar em variabilidade de direitos a partir da diversidade de tradições, existirá sempre um ponto de partida comum a todas elas e consubstanciado nesse mínimo ético irreduzível.⁶²

Já para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade, sendo que

⁵⁹ BEDJAGUI, Mohammed. **International law: achievements and prospects**. 1991. p. 1182 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.

⁶⁰ SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999. p. 35-36.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 16.

⁶² Ibidem, p. 16.

cada cultura possui o seu discurso acerca dos direitos fundamentais, não havendo que se falar em uma moral universal, já que a história do mundo é marcada pela pluralidade cultural.

Como na visão relativista cultural, os direitos humanos são fruto de uma criação das culturas humanas e como estas se diferenciam entre si, falar em princípios universais que norteiam toda a moralidade humana é tida como uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam tidos como gerais.⁶³ E na visão dos relativistas, a idéia de direitos humanos universais é fruto de uma noção construída pelo modelo ocidental.

Entretanto, a essa crítica dos relativistas culturais, reagem os universalistas, defendendo que a posição relativista serve, em verdade, como pano de fundo justificador de atrocidades cometidas pelos Estados, que evocando o relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional.⁶⁴

A Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 acolheu a corrente do forte universalismo ou fraco relativismo cultural, ou seja, embora permita, em grau limitado, variações culturais no modo e na interpretação dos direitos humanos, não deixa de determinar sua universalidade moral e fundamental, não se podendo fugir do mínimo ético exigível, que torna os direitos humanos relativamente universais.⁶⁵

A visão de Barzotto acertada do fundamento dos direitos humanos sedimenta-se no realismo, segundo o qual a plena realização da pessoa requer uma pluralidade de direitos que tutelem as várias dimensões da natureza humana em circunstâncias concretas, sendo que esses direitos pertencem à natureza humana (direito à vida, saúde, liberdade, educação, família, comunicação etc).⁶⁶

Por esse entendimento, para o ser humano como pessoa, os direitos humanos assumem um caráter analógico, ou seja, há um mínimo (essência) daqueles direitos inerentes à natureza humana que devem ser compartilhados por toda pessoa humana, porém a sua formatação

⁶³ VICENT, R. J. **Human rights and international relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 37-38.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.

⁶⁵ DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory and practice**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003. p. 124.

⁶⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 71-72.

sofrerá modulações a depender do contexto ao qual essa pessoa está inserida; o que permite se superar o atual debate entre relativismo e universalismo dos direitos humanos.

O realismo propugna um universalismo analógico, segundo o qual a pertença à espécie humana garante a posse dos direitos humanos, mas esses se manifestam de modos distintos, da mesma forma que a mesma humanidade se manifesta em cada pessoa humana de um modo distinto. Direitos esses com conteúdos concretos diferentes para pessoas que vivem de modo diferente. Assim, na sua efetividade, não serão absolutamente idênticos nem distintos, mas semelhantes.⁶⁷

Barzotto também trata do titular do dever dos direitos humanos, que é o co-humano, o devedor em face dos direitos humanos; ressaltando que se os direitos humanos cabem a todos os seres humanos pela condição humana que lhes é inerente, a responsabilidade pelo dever é universalizada; tendo cabido à Ética teorizar esse dever de um ser humano para com o outro, de sorte que na ética particularista da fraternidade, o titular desse dever é o vizinho, o próximo, produzindo um sujeito de dever adequado a comunidades igualitárias, em que a igualdade universal entre os seres humanos funda-se em uma base laica: a própria natureza humana comum. Segundo essa órbita de entendimento, viver em comunidade é viver em débito com relação aos outros membros, aproximando-se para realizar o que lhes é devido e essa reciprocidade abarca todo ser humano.⁶⁸

Já Souza Santos propõe uma concepção multicultural dos direitos humanos, obtida a partir do diálogo entre as culturas, a compor um multiculturalismo emancipatório, defendendo que os direitos humanos devem ser reconceitualizados como multiculturais; apresentando-se o multiculturalismo como pré-condição para uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que “constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”.⁶⁹

O referido autor destaca a necessidade de se superar o debate entre o universalismo e o relativismo cultural a partir da transformação cosmopolita dos direitos humanos, ou seja, embora cada cultura possua uma noção distinta de dignidade humana, essas noções são incompletas; o que gera a possibilidade de um diálogo intercultural para se chegar a um

⁶⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 73.

⁶⁸ Ibidem, p. 73-74.

⁶⁹ SOUSA SANTOS, Boaventura. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 39, 2007. p. 112.

universalismo de confluência. Em verdade, Boaventura sustenta o universalismo dos direitos humanos como ponto de chegada e não como ponto de partida, obtido a partir do diálogo entre as culturas, que, por sua vez, só é possível se cada cultura tomar a consciência de que sua concepção de dignidade humana é incompleta e pode ser complementada a partir dessa interlocução multicultural.⁷⁰

Neste trabalho, busca-se um entendimento acerca dos direitos humanos que conjugue os ensinamentos de Barzotto e Sousa Santos. Isso porque, não se pode olvidar da existência de valores e direitos mínimos inerentes à simples condição humana; o que não retira, contudo, a influência que cada tradição exerce sobre a formatação desses valores e direitos, que sofrerão modulações a depender do contexto em que a pessoa estiver inserida.

Assim, o diálogo intercultural ganha extrema importância para se chegar a um consenso acerca da formatação a ser atribuída a esses valores mínimos, de sorte que a preocupação que deve nortear a interlocução multicultural não deve ser descobrir valores, porque estes não podem ser racionalmente demonstrados, mas sim buscar um consenso em torno da formatação desses valores, ou seja, dos limites que sua tutela impõe ao comportamento individual; o que permitirá o alcance de um catálogo de valores/direitos que tenha a concordância de todos os participantes.

1.4 Da estrutura normativa do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

Como já salientado, a normatização internacional dos direitos humanos ganhou impulso a partir da Carta das Nações Unidas, de 1945, que estabeleceu, em seu Artigo 55, que todos os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais; de sorte que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, veio definir e elencar o rol de direitos humanos a serem tutelados.

Muito embora já haja um consenso atual acerca do caráter normativo vinculante das disposições contidas na Declaração Universal, seja por sua força norteadora interpretativa, seja por sua integração ao Direito Costumeiro Internacional, como a mesma foi adotada na forma de resolução, e não na forma de um tratado, prevaleceu na época de sua edição

⁷⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*, São Paulo, v. 39, 2007. p. 111.

entendimento pelo qual deveria a mesma ser “juridicizada” a partir de tratados que trouxessem medidas concretas de proteção dos direitos humanos nela elencados.⁷¹

No intuito de promover a “juridicização” da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram elaborados em 1966 dois Tratados distintos no âmbito das Nações Unidas: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que transformaram os direitos constantes da Declaração Universal em preceitos juridicamente vinculantes e obrigatórios, constituindo referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo ensinamentos de Piovesan, a partir da elaboração desses dois Pactos se forma a Carta Internacional dos Direitos Humanos, *International Bill of Rights*, integrada pelos referidos Pactos e pela Declaração Universal e que, por sua vez, inaugura o sistema global de proteção dos direitos humanos, ao lado dos sistemas regionais, que já começavam a ser delineados.⁷²

Posteriormente à formação dessa Carta Internacional, o sistema global de proteção dos direitos humanos viu-se ampliado por uma série de convenções multilaterais de direitos humanos, relativas a direitos humanos específicos, tais como a Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, dentre outras.

Contudo, que embora o sistema global seja composto de todo esse aparato normativo, não tem o mesmo o intuito de substituir os sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, apresentando-se como direito subsidiário e suplementar ao nacional, já que compete aos Estados promover, em primeira monta, a tutela dos direitos humanos. Nesse aspecto, além do Direito Internacional dos Direitos Humanos constituir-se como fonte subsidiário de

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 158.

⁷² Ibidem, 158.

proteção, figura, ainda, como parâmetro protetivo mínimo, cuja observância é imposta aos Estados.⁷³

Desse modo, vistos os parâmetros gerais do sistema global de proteção dos direitos humanos, passa-se a analisar os principais instrumentos normativos que norteiam esse sistema.

1.4.1 O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em 1966, foram elaborados o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no intuito de “juridicizar” os direitos constantes da Declaração Universal, sendo que esses dois tratados só entraram em vigor em 1976, pois somente nesta data alcançaram o número de ratificações necessárias a tanto.

A decisão de elaborar dois Pactos distintos de proteção dos direitos humanos foi tomada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1951, sendo que esta elaboração de Pactos distintos também veio acompanhada de uma distinção quanto às medidas de implementação dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, do outro. De modo que, desta distinção resultou o fato de que enquanto os direitos civis e políticos são suscetíveis de aplicação “imediata”, exigindo medidas de abstenção por parte dos Estados, os direitos econômicos, sociais e culturais são passíveis de aplicação progressiva, requerendo obrigações positivas do Estado em seu âmbito interno.⁷⁴

Essa distinção de tratamento para os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, se afigurou, na realidade, como um reflexo da profunda divisão ideológica que o mundo vivenciou no início dos anos cinquenta, acabando por influenciar os trabalhos das Nações Unidas, de sorte que enquanto o chamado “grupo ocidental” enfatizou a defesa dos direitos civis e políticos, o “bloco socialista” privilegiou os direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁵

Um dos fatores que também contribuiu para o tratamento diferenciado dos direitos humanos foi a tese das “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio que, ao conceber

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. p. 159.

⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 354.

⁷⁵ Ibidem, p. 355.

os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos de segunda geração e de realização progressiva, ao invés de ajudar a combater a visão atomizada e fragmentada dos direitos humanos, acabou por convalidar essa disparidade, tornando a proteção daqueles direitos mais longe da realidade prática.

A situação de segregação entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais começou a se modificar com a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1968. A Conferência contou com a participação de 84 países e a presença de representantes de diversas organizações internacionais e organizações não-governamentais (ONG's), ganhando importância crucial no cenário jurídico internacional ao proclamar a indivisibilidade e a interrelação dos direitos humanos, determinando que a realização plena dos direitos civis e políticos não seria possível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁷⁶

A partir da Conferência de Teerã, foram adotadas várias resoluções importantes, a saber: a resolução XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; a resolução XXII, sobre a adesão universal dos instrumentos internacionais de direitos humanos; a resolução IX, sobre os direitos da mulher; a resolução XII, sobre o analfabetismo; a resolução XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e a XX, sobre educação em matéria de direitos humanos.⁷⁷

No dizer de Cançado Trindade, porém, o principal documento advindo da Conferência de Teerã foi, sem sombra de dúvida, a Proclamação de Teerã, adotada pelo Plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, que propugnou pela garantia do direito de liberdade de expressão, informação, consciência e religião, pelo direito de participação na vida política, econômica, cultural e social, pelo princípio básico da não-discriminação, bem como pela dependência entre os direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais.⁷⁸

A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, por sua vez, também foi de grande importância, representando a consolidação da concepção de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos introduzida pela Declaração

⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 359.

⁷⁷ UNITED NATIONS. **Final Act of the International Conference on Human Rights**. Teheran, 22 April to 13 May 1968, New York, U. N., 1968, doc. A/CONF. 32/41, pp. 1-61. p. 10-12.

⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 56.

Universal dos Direitos Humanos, na medida em que a Declaração de Viena afirmou, em seu parágrafo 5º, que “todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A Comunidade Internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e eqüitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Embora já haja um consenso internacional acerca da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, ainda persiste a disparidade entre os métodos de implementação da proteção internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais; disparidade esta que contribui para a permanência da ineficácia em termos de proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos abarca uma extensa lista de direitos e liberdades, dentre eles: o direito à autodeterminação; à igualdade entre homens e mulheres; direito à vida; proibição da tortura, da escravidão, servidão e trabalho forçado; direito à liberdade e segurança pessoal e a não ser sujeito a prisão e detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a proteção contra a interferência arbitrária na vida privada; a liberdade de movimento; o direito a uma nacionalidade; o direitos de casar e de formar uma família; as liberdades de pensamento, consciência e religião; as liberdades de opinião e de expressão; o direito à reunião pacífica; a liberdade de associação; o direito de aderir a sindicatos e o direito de votar e de tomar parte no governo, dentre outros.⁷⁹

Piovesan asseve que o Pacto abriga novos direitos e garantias não incluídos na Declaração Universal, tais como a proibição de prisão civil por dívida, o direito da criança ao nome e à nacionalidade, a proibição de propaganda de guerra, bem como da incitação a intolerância étnica e racial, o direito das minorias à preservação de sua identidade cultural, lingüística e religiosa, o direito à autodeterminação e outros; de sorte que a esses direitos se soma ainda a vedação à pena de morte, instituída pelo Segundo Protocolo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado em 15 de dezembro de 1989.⁸⁰

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos admite a derrogação temporária dos direitos nele enunciados apenas em caráter excepcional e restrito às situações de estado de

⁷⁹ LINDGREN ALVES, José Augusto. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. *Arquivos do Ministério Público*, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 94.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 162-163.

emergência, ficando vedada qualquer medida discriminatória fundada na raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social.⁸¹

O Pacto de Proteção dos Direitos Civis e Políticos também estabelece a inderrogabilidade do direito à vida, da proibição da tortura e de qualquer forma de tratamento cruel, desumano ou degradante, da proibição da escravidão e da servidão, do direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, dentre outros; permitindo, no entanto, limitações a determinados direitos por questões de ordem pública e segurança nacional.⁸²

Além do que, o referido Pacto reveste os direitos civis e políticos de auto-aplicabilidade, desenvolvendo uma sistemática peculiar de monitoramento e implementação desses direitos na órbita internacional; sistemática esta que abarca o encaminhamento, pelos Estados-partes, de relatórios periódicos versando sobre as medidas legislativas, judiciais e administrativas adotadas para a proteção dos direitos civis e políticos ao Comitê de Direitos Humanos⁸³, sempre que por este solicitados. Ao Comitê⁸⁴, que figura como o principal órgão de monitoramento previsto no Pacto, compete examinar e estudar os relatórios, tecendo comentários gerais a respeito, e, posteriormente, envia-los ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Aliada ao sistema de envio de relatórios, o Pacto de Proteção dos Direitos Civis e Políticos traz ainda a possibilidade de comunicações interestatais, por meio das quais um Estado-parte pode denunciar outro que tenha incorrido em violação desses direitos humanos.⁸⁵ Há que se salientar, contudo, que a comunicação interestatal é prevista como facultativa e fica condicionada à elaboração pelo Estado-parte de uma declaração em separado, na qual reconheça a competência do Comitê de Direitos Humanos para receber as comunicações interestatais, ou seja, a comunicação só pode ser admitida se tanto o Estado denunciante quanto o Estado denunciado reconhecerem e admitirem a competência do Comitê para

⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Artigo 4º.

⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Artigos 21 e 22.

⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Artigo 40.

⁸⁴ O Comitê de Direitos Humanos é integrado por 18 membros nacionais dos Estados-partes e por eles eleitos entre pessoas de reconhecida competência em matéria de direitos humanos e que devem servir ao Comitê de forma independente e autônoma e não como representantes de seus respectivos países, conforme o Artigo 28 do Pacto de Proteção dos Direitos Civis e Políticos.

⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Artigo 41.

examiná-las; além de pressupor o fracasso das negociações bilaterais e o esgotamento dos recursos internos.⁸⁶

Nesse contexto, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966, veio introduzir o sistema de petições individuais, que permite aos indivíduos peticionar diretamente ao Comitê de Direitos Humanos sempre que forem vítimas de violações dos seus direitos civis e políticos,⁸⁷ e através do qual foi cristalizada a capacidade processual internacional dos indivíduos, que, por sua vez, constitui um mecanismo de proteção de marcante significação, além de conquista de transcendência histórica.⁸⁸

Nas palavras de Piovesan, a conquista do Protocolo “está em habilitar o Comitê de Direitos Humanos a receber e examinar petições examinadas por indivíduos, que aleguem ser vítimas de violação de direitos enunciados no Pacto dos Direitos Civis e Políticos”.⁸⁹ É importante frizar, contudo, que a petição individual só pode ser admitida se o Estado violador tiver ratificado o Protocolo Facultativo, já que só assim o Estado terá reconhecido a competência do Comitê para tanto. Além do que, cabe observar que o Comitê concluiu que, embora o Protocolo fale em petições individuais, nada obsta que possam as mesmas ser encaminhadas por organizações ou terceiras pessoas, que representem o indivíduo que sofreu a violação.⁹⁰

A petição individual também deve atender a alguns pressupostos enunciados no Artigo 5º do Protocolo, pelo qual aquela só tem cabimento após o esgotamento das vias internas, ou quando a consecução dessas vias se tornarem injustificadamente prolongada, ou se inexistir o devido processo legal no Direito Interno, ou ainda quando não for assegurado à vítima o acesso a essas vias judiciais internas. Ademais, dever-se-á comprovar que questão similar à submetida ao Comitê já não está sendo examinada por outra instância internacional, não se admitindo a pendência da lide em outros processos de solução internacional.⁹¹

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 167.

⁸⁷ MODELL, Flávia Leda. **Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: dicotomia ou integração?** p. 4. Disponível em: <<http://www.cjf.br/revista/artigo15.htm>>. Acesso em: 03 de fev. 2007.

⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 8-9.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto do Comitê de Direitos Humanos. Artigo 90.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171.

Uma vez recebida a petição pelo Comitê, o Estado dispõe de prazo de seis meses para apresentar-lhe seus esclarecimentos sobre o caso, bem como as medidas que por ventura já tenha adotado relativamente ao caso; de sorte que o Comitê, tomando por base todas as informações colhidas e todos os esclarecimentos prestados, proferirá decisão, pelo voto da maioria dos Estados presentes, que será publicada no relatório anual do Comitê à Assembleia Geral das Nações Unidas.

A decisão proferida em sede de apreciação das petições individuais pelo Comitê, ressalte-se, não se limita a declarar a ocorrência da violação detectada, podendo determinar a obrigação do Estado em reparar a violação cometida e em executar medidas necessárias a prover o cumprimento do Pacto; embora não detenha força obrigatória ou vinculante nem possa estabelecer a imposição de qualquer sanção ao Estado pelo descumprimento de suas determinações.⁹²

É cediço lembrar, contudo, que embora não se possa falar em sanção no sentido estritamente jurídico do termo, a condenação de um Estado no âmbito internacional enseja consequências no plano político, através do *power of embarrassment*, que pode vir a causar constrangimento moral e político ao Estado descumpridor dos preceitos contidos no Pacto.⁹³

Compete ainda ao Comitê de Direitos Humanos monitorar e fiscalizar as medidas que tem sido implementadas pelo Estado violador no sentido de cumprir suas decisões, cabendo-lhe, ainda, ao mesmo a prestação de informações acerca das medidas internas adotadas em relação ao caso em prazo não superior a 180 dias, bem como apontar no seu relatório anual destinado à Assembleia Geral o nome daqueles Estados que não prestaram as devidas informações ou não empregaram recursos internos relativamente à solução do caso e daqueles que devidamente cumpriram as suas decisões.

O Comitê de Direitos Humanos desenvolveu também a figura do *Special Rapporteur for the Follow-up of Views*, que permite a comunicação direta com os governos e as vítimas e a recomendação de ações necessárias quando evocada, pelas vítimas, a inexistência de remédios jurídicos internos.

⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

⁹³ LINDGREN ALVES, José Augusto. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. **Arquivos do Ministério Público**, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 87.

Quanto à sua operacionalidade, Piovesan destaca que desde a entrada em vigor do Protocolo Facultativo, o Comitê tem apreciado um considerável número de petições individuais, salientando que até 6 de agosto de 2006, 1490 comunicações individuais haviam sido recebidas. Muito embora ainda seja latente a resistência pelos Estados em se submeter à jurisdição do Comitê.⁹⁴

O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, traz em seu bojo a tutela de vários direitos, expandindo o rol daqueles contidos na Declaração Universal e dentre os quais figura: o direito ao trabalho e à justa remuneração; o direito à educação; direito de greve; o direito de formar sindicatos; direito à previdência e assistência social; direito a um padrão de vida razoável que inclua alimentação; direitos da criança; direito à moradia, direito à saúde e direito à participação na vida cultural da comunidade.

O Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não confere aos direitos econômicos, sociais e culturais uma auto-aplicabilidade, mas sim uma realização progressiva, já que há a concepção de que os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser implementados sem que exista um mínimo de recursos econômicos disponível, um mínimo *standard* técnico econômico e um mínimo de cooperação econômica internacional, além de terem de figurar como uma prioridade efetiva na agenda política nacional.⁹⁵

Assim, o Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz obrigações de natureza diversa das estabelecidas no Pacto de Proteção dos Direitos Civis e Políticos, muito embora o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-partes de assegurar o núcleo essencial mínimo relativamente a cada direito enunciado no Pacto.

A sistemática de proteção adotada pelo Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais abarca apenas a obrigação dos Estados-partes de remeter relatórios periódicos contendo as medidas adotadas em prol daqueles direitos ao Secretário-Geral da ONU, que deverá encaminhar, por sua vez, cópia ao Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais para apreciação, salientando-se a criação, por parte deste último, de um

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 172.

Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja competência consiste, justamente, em examinar os relatórios enviados pelos Estados-partes.⁹⁶

Nesse cenário de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais em termos globais inexistem a sistemática de comunicações interestaduais, bem como a possibilidade de petições individuais, muito embora a Declaração de Viena tenha recomendado a incorporação do direito de petição ao Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mediante protocolo adicional, o que ainda não ocorreu; de sorte que como aqueles direitos são tidos como de realização progressiva, os Estados-partes não estão obrigados a atribuir efeito imediato a eles.⁹⁷

Da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, imposta aos Estados pelo referido Pacto, decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, de modo a se proibir a redução de políticas públicas voltadas à efetivação daqueles direitos.

Essa progressividade gera, contudo, uma dificuldade no que se refere à adoção de mecanismos voltados à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois, na medida em que a realização destes é tomada como progressiva e na medida em que essa progressividade não é cuidadosamente delimitada pelo Pacto de Proteção, cria-se um problema de “juridicização” desses direitos nos planos interno e internacional, já que, uma vez tomados como normas de caráter programático, correm o risco de não serem tidos como um direito público subjetivo.

Essa discussão apresenta-se como de crucial importância ao presente estudo, porquanto é a partir da proposta de mudança do paradigma relacionado à progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, que serão construídos todos os demais argumentos relativos à implementação de medidas voltadas à efetivação dos direitos sociais no âmbito dos países do Mercosul; razão pela qual reserva-se o direito de abordá-la em profundidade apenas no último capítulo da presente dissertação.

Mas, em termos gerais, Cançado Trindade assere que nos últimos anos, consideráveis esforços para se assegurar a exigibilidade e a justiciabilidade dos direitos humanos civis e

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 177.

⁹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 369-370.

políticos, e, em especial dos econômicos, sociais e culturais têm sido implementados, tanto no âmbito regional quanto no global, como, por exemplo: a tese das obrigações mínimas dos Estados no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, exposta nos Princípios de Limburgo e esposada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas; a identificação, dentre os direitos econômicos, sociais e culturais de direitos de aplicabilidade imediata, bem como a formulação doutrinária das obrigações distintas (de respeitar, proteger, assegurar e promover) relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais e a identificação dos componentes justificáveis desses direitos.⁹⁸

No entanto, como se perceberá no último capítulo, é necessária a implementação de mudanças que tornem efetiva a concepção contemporânea de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e que, conseqüentemente, maximizem a eficácia da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais em termos globais.⁹⁹

Cançado Trindade alerta que apesar da aceitação da tese de indivisibilidade dos direitos humanos, ainda persiste a disparidade entre os métodos de implementação da proteção internacional dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, salientando que, mesmo após a consagração da Conferência de Viena, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, continuam desprovidos de um sistema de petições ou denúncias internacionais, já que os respectivos Projetos de Protocolo ainda aguardam aprovação; de sorte que as duas categorias de direitos, uma representada pelos direitos civis e políticos e outra pelos direitos econômicos, sociais e culturais, são perfeitamente justiciáveis por meio do sistema de petições individuais, sendo necessário que se ponha um fim à disparidade de procedimentos existente.¹⁰⁰

Em termos globais, a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais continua adstrita, quase que exclusivamente, à sistemática de monitoramento e implementação através do encaminhamento de relatórios pelos Estados Partes. Nesse aspecto, Cançado Trindade relata que, apesar de grandes esforços, inclusive no sentido de criação de novas medidas de implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, esses direitos continuam a ser

⁹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007, vol. I, p. 381.

⁹⁹ Ibidem, p. 381.

¹⁰⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Disponível em : <<http://www.dh.net.org.br.htm>>. Acesso em: 20 maio 2007. p. 3.

negligenciados em boa parte do mundo, sendo que o descaso com a proteção desses direitos é um triste reflexo de sociedades marcadas por grandes injustiças e desigualdades sociais, onde as políticas públicas, ao invés de garantirem o bem estar de seus cidadãos, geram o desemprego e o empobrecimento de segmentos cada vez maiores da população, acarretando uma verdadeira denegação dos direitos humanos.¹⁰¹

Ora, não se pode tolerar a discriminação como “inevitável” em relação aos direitos econômicos e sociais, enfocando que “a pobreza crônica não é uma fatalidade, mas materialização atroz da crueldade humana”; de modo que não se pode fugir da idéia de que os Estados são responsáveis pelo respeito à totalidade dos direitos humanos, inclusive aos econômicos, sociais e culturais.¹⁰²

1.4.2 Outras Convenções importantes no cenário de proteção global dos direitos humanos

Além dos dois Pactos de Proteção dos direitos humanos, outras convenções apresentam-se como de grande importância no âmbito de proteção global daqueles direitos, a saber: a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção contra a Tortura; a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio.

A Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, adotada pela ONU em 21 de dezembro de 1965, veda a prática de discriminação racial, definindo-a, em seu Artigo 1º, como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

A referida Convenção adota tanto a vertente repressivo-punitiva, pela qual o Estado deve proibir e eliminar todo tipo de discriminação racial, como a vertente promocional, que impõe ao mesmo o dever de promover a igualdade, dever este que permite a chamada “discriminação positiva” ou “ação afirmativa” através da qual o Estado adota medidas

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção em jogo: direitos econômicos, sociais e culturais**. p. 3. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/10798,1>>. Acesso em: 20 maio 2007.

¹⁰² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Disponível em : <<http://www.dh.net.org.br.htm>>. Acesso em: 20 maio 2007. p. 4.

especiais de proteção de determinados grupos ou indivíduos no intuito de promover sua equiparação aos demais membros da sociedade.¹⁰³

No que se refere à sistemática de monitoramento, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial instituiu o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, ao qual compete examinar petições individuais, comunicações interestatais bem como os Relatórios encaminhados pelos Estados-partes relativamente ao direito à não-discriminação racial.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, foi adotada por um grande número de Estados-partes, põem enfrente o paradoxo de ter recebido o maior número de reservas por parte dos mesmos, dentre os tratados internacionais de direitos humanos. A referida Convenção se fundamenta no duplo dever dos Estados de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade, vedando toda e qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto limitar o exercício pela mulher dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.¹⁰⁴

Piovesan destaca que a referida Convenção não enfrenta o problema da violência contra a mulher de forma explícita, embora essa violência constitua grave discriminação; salientando que em 1993 foi adotada a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, na qual a violência contra a mulher é tida como um padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause morte, dano, ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher.

No que tange à consecução dos direitos enunciados na Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, muito embora essa só tenha previsto o monitoramento, por parte do Comitê próprio por ela criado, a partir do sistema de relatórios enviados pelos Estados, a adoção de protocolo facultativo à convenção, em 1999, gerou a ampliação da competência do Comitê próprio no sentido de apreciação de petições individuais e realização de investigações *in loco*.¹⁰⁵

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia; MARTINS, Douglas (coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPIR, 2006. p. 34.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 200.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, foi adotada pela ONU em 1989 e destaca-se como o tratado de direitos humanos com o mais elevado número de ratificações. A convenção adota em realidade a doutrina da proteção integral da criança, que passa a ser tida como verdadeiro sujeito de direito, dotado de proteção especial e prioridade absoluta na tutela de seus direitos.

A referida Convenção instituiu o Comitê sobre os Direitos da Criança, ao qual compete monitorar o respeito aos preceitos nela contidos a partir do sistema de Relatórios, já que inexistia a sistemática de petições individuais e comunicações interestatais.

Já Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, adotada pela ONU em 1984, define tortura em seu Artigo 1º e determina, em seu Artigo 2º, que “nenhuma circunstância excepcional, seja qual for, pode ser invocada como justificativa para a tortura”; de sorte que no que se refere ao sistema de monitoramento, este inclui os relatórios, as petições individuais e a comunicação interestatal.¹⁰⁶

Por último, a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, que figura como o primeiro tratado de direitos humanos aprovado no âmbito da ONU, em 1948, busca a responsabilização dos praticantes do crime de genocídio, sejam eles particulares, funcionários ou governantes; sendo mister destacar aqui que o plano de proteção internacional dos direitos humanos já conta com a figura do Tribunal Penal Internacional, constituído como aparato complementar às Cortes nacionais e tendo como objetivo assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, dentre os quais figura o genocídio.

1.5 Dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Europeu, Africano e Interamericano

Em termos regionais, a proteção internacional dos direitos humanos está sedimentada através dos Sistemas Europeu, Africano e Interamericano de proteção.

1.5.1 Do Sistema Regional Europeu

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos emergiu a partir da necessidade de uma reação aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial, em um contexto de reconstrução dos direitos humanos, marcado pela busca de integração e cooperação dos países da Europa Ocidental; sendo que, dentre os sistemas regionais, o

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 205.

Europeu é o que traduz, nas palavras de Flávia Piovesan, a mais extraordinária experiência de justicialização dos direitos humanos, por meio da atuação da Corte Européia de Direitos Humanos.¹⁰⁷

A Convenção Européia de Direitos Humanos, adotada no âmbito do Conselho da Europa em 1950 e cuja entrada em vigor data de 3 de setembro de 1953, estabelece um sistema baseado na concepção de garantias coletivas fundadas em um consenso acerca dos *standards* dos direitos humanos acolhidos pelos Estados-partes.¹⁰⁸

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos está sedimentado na idéia segundo a qual a comunidade dos Estados, ou seja, a União Européia tem o direito de supervisionar a proteção dos direitos humanos no âmbito da jurisdição de um Estado-parte. Nesse sentido, há que se salientar que a Convenção Européia compreende fundamentalmente direitos civis e políticos e parte do ideal democrático liberal e individualista, sendo que os direitos econômicos, sociais e culturais só passaram a ser tutelados a partir da adoção da Carta Social Européia, cuja entrada em vigor data de 1965, que estabelece a implementação progressiva desses direitos, cujo monitoramento fica restrito ao Sistema de Relatórios enviados pelos Estados-partes e submetidos à apreciação por um Comitê de *Experts* (o Comitê Europeu de Direitos Sociais).¹⁰⁹

Originalmente, a Convenção Européia instituiu dois órgãos de proteção dos direitos humanos: A Corte Européia de Direitos Humanos e a Comissão Européia, de sorte que enquanto a esta competia apreciar as comunicações interestatais, pelas quais um Estado-parte denunciava a violação de direitos humanos praticada pelo outro, e apreciar petições apresentadas diretamente por indivíduos, Organizações não-governamentais ou grupos de indivíduos, à Corte Européia incumbia apreciar os casos que lhe fossem submetidos pela Comissão, após a elaboração, por parte desta, de relatório, que não era juridicamente vinculante. Nesse contexto, se o caso não fosse submetido à Corte, poderia, ainda, ser julgado pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de sorte que tanto as decisões deste quanto as decisões da Corte tenham força vinculante.¹¹⁰

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

¹⁰⁸ HARRIS, David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. **Law of the European Convention on Human Rights**. London – Dublin – Edinburgh, Butterworths, 1995. p. 28.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

¹¹⁰ HARRIS, David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. **Law of the European Convention of Human Rights**. London – Dublin – Edinburgh, Butterworths, 1995. p. 5.

Ocorre que o Protocolo n. 11, que entrou em vigor no ano de 1998, veio consagrar uma nova sistemática na qual a Comissão e a Corte antes existentes foram substituídas por uma Corte Permanente, com competência para analisar tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo de mérito dos casos a ela submetidos, eliminando-se assim a duplicidade de procedimentos existente no regime anterior.¹¹¹

A Corte Européia, sediada em Estrasburgo, apresenta-se como o principal instrumento de efetivação das normas substantivas e instrumentais de proteção dos direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos, sendo que o Protocolo 11, que instituiu a referida Corte permanente, estabelece o direito de petição, mediante o qual qualquer indivíduo, Organização não-governamental ou grupo de indivíduos podem denunciar ser vítimas de violações dos direitos humanos expressos na Convenção e nos seus Protocolos por um Estado-parte, além de trazer a competência jurisdicional obrigatória da referida Corte.¹¹²

O grande avanço representado pelo Protocolo 11 foi justamente o acesso direto dos indivíduos à Corte, na medida em que, pelo sistema anterior, só os Estados-partes ou a Comissão tinham acesso direto à Corte.

Quanto à estrutura da Corte Européia, determina o Artigo 20 da Convenção que aquela será composta de tantos juizes quantos forem os Estados-partes da Convenção, e que esses juizes deverão ser eleitos pela Assembléia do Parlamento Europeu, com base em lista de 3 candidatos nomeados por cada Estado-parte, devendo os candidatos ao cargo serem dotados de ampla respeitabilidade moral, além de apresentar as qualificações necessárias para a atuação em uma Corte Judicial Superior ou serem juristas de reconhecida competência. Os juízes eleitos exercem mandato de 6 anos, sendo que a Corte trabalha com 2 línguas oficiais: o inglês e o francês.

Em sua atuação, a Corte tem competência consultiva, relativa à interpretação da Convenção e dos seus Protocolos, e contenciosa, em razão da qual profere decisões declaratórias e juridicamente vinculantes a partir das denúncias de violações de direitos humanos que lhes são apresentadas; denúncia esta que deve estar expressa em petição que siga todos os requisitos exigidos no Artigo 35 da Convenção e aponte como violador um dos Estados que seja parte na Convenção.

¹¹¹ O' BOYLE, Michael. **Reflections on the effectiveness of the European System for the Protection of Human Rights**, in Anne F. Bayefsky. *The UM Human Right System in the 21 Century*, p. 176.

¹¹² REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222.

A decisão final proferida pela Corte Européia é transmitida ao Comitê de Ministros, ao qual incumbirá supervisionar sua execução e que, por sua vez, é composto de um representante de cada Estado-parte.¹¹³

No exercício de sua competência rescisória, a Corte Européia pode determinar as seguintes medidas: determinação de alterações legislativas a serem implementadas no âmbito do Direito interno dos Estados-partes, determinação de reformas administrativas, alterações nas práticas judiciais ou capacitação em direitos humanos no treinamento policial.¹¹⁴

Embora a Convenção não estabeleça a competência da Corte Européia para determinar medidas provisórias de salvaguarda dos direitos das vítimas, podem estas ser adotadas em casos urgentes, cabendo à Corte notificar o Estado-parte a fim de que este não pratique atos que possam obstar o desenvolvimento do caso submetido à julgamento pela Corte.¹¹⁵

Outros efeitos ainda são somados às medidas determinadas pela Corte, no intuito de fomentar seu cumprimento, como as pressões de natureza diversa, comumente de ordem diplomática, que são conjugadas no intuito de encorajar os Estados ao cumprimento dos parâmetros internacionais.¹¹⁶

No caso de descumprimento da decisão da Corte, a sanção última prevista é a ameaça de expulsão do Estado violador de direitos humanos do Conselho da Europa, conforme determinam os Artigos 3º e 8º do Estatuto do Conselho.

1.5.2 Do Sistema Regional Africano

O Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos apresenta-se, dentre os sistemas regionais de proteção, como o mais recente e que se encontra ainda em processo de construção e consolidação. Sua instituição se deu com a adoção da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos em 1981, elaborada em meio às pressões voltadas à tutela de direitos humanos nas esferas nacional e internacional; de sorte que, como consequência de sua

¹¹³ UNIÃO EUROPÉIA. Convenção Européia de Direitos Humanos. Artigo 46.

¹¹⁴ HARRIS, David; O' BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. **Law or the European Convention of Human Rights**. London – Dublin – Edinburgh, Butterwoths, 1995. p. 9.

¹¹⁵ UNIÃO EUROPÉIA. Convenção Européia de Direitos Humanos. Artigo 39.

¹¹⁶ Nesse sentido, Flávia Piovesan aponta como pressões cabíveis e voltadas a maximizar a efetivação das decisões proferidas pela Corte Européia: “o interesse coletivo em prol da Estabilidade na Europa; pressões diplomáticas; interesse em integrar a União Européia [...]”; e o *power of shame* ou *power of embarrassment* pelo risco de ser considerado um Estado violador no âmbito do Comitê de Ministros. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83).

instituição, foi criada a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos no intuito de efetivar os direitos constantes da Carta Africana.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada pela Organização da Unidade Africana e que hoje recebe o nome de Unidade Africana, entrou em vigor em 1986, contando, desde 1995, com a ampla adesão dos 53 Estados Africanos. A Carta destaca-se como instrumento internacional peculiar em razão da atenção que confere especialmente às tradições históricas e aos valores da civilização africana, além de denotar uma perspectiva coletivista ao tratar dos direitos dos povos e não apenas dos direitos humanos.¹¹⁷

No âmbito do Sistema Regional Africano, a proteção e efetivação dos direitos humanos e dos povos fica a cargo da Corte Africana e da Comissão Africana, que, por sua vez, consiste em um órgão político ou “quase judicial” composto por 11 membros, que devem ser escolhidos entre pessoas de moral ilibada e notório saber em matéria de direitos humanos e são eleitos em escrutínio secreto pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo, a partir de uma lista apresentada pelos Estados- partes, para exercer um mandato de 6 anos.¹¹⁸

Compete à Comissão Africana apreciar comunicações interestatais, bem como petições encaminhadas pelos indivíduos e Organizações não-governamentais, que denunciem violação a algum dos direitos prescritos na Carta Africana. Nesse cenário, um dos problemas que obstam uma atuação mais efetiva da Comissão Africana em prol da proteção dos direitos humanos, aponta Rachel Murray, é a falta de independência dos seus membros com relação aos Estados que compõe a União Africana e a falta de recursos financeiros.¹¹⁹ Há que se salientar ainda que as decisões proferidas pela Comissão Africana não são dotadas de caráter jurídico vinculante.

A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não estava prevista na redação original da Carta Africana de 1981, vindo a ser instalada através da adoção de Protocolo à referida Carta em 1998 e que só entrou em vigor em 2004 após o depósito do 15º instrumento de ratificação.

Incumbe à Corte complementar a atuação da Comissão Africana, detendo competência consultiva e contenciosa, cabendo-lhe apreciar os casos que lhe forem submetidos pela

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 121.

¹¹⁸ Ibidem, p. 121.

¹¹⁹ MURRAY, Rachel. **The African Commission and the Court on Human and Peoples' Rights**, in RHONA, K. M. Smith; ANKER, Christien van den. *The essentials of human rights*. P. 7.

Comissão, ordenando remédios apropriados para cada caso, inclusive pagamento de justa indenização à vítima, podendo também adotar medidas de caráter provisório para evitar danos irreparáveis.¹²⁰ Suas decisões são dotadas de força vinculante, cabendo ao Conselho de Ministros supervisionar sua execução.

1.5.3 Do Sistema Regional Interamericano

Dentre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, o que mais interessa a esse estudo é, sem dúvida, o sistema interamericano, porquanto é através desse sistema que são adotadas as principais medidas internacionais de proteção dos direitos humanos sociais aplicáveis aos Estados que compõem o Mercosul, que se submetem à jurisdição da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.¹²¹

O Sistema Interamericano começou a ganhar contornos definidos com a Conferência Interamericana sobre problemas da Guerra e da Paz, ocorrida na Cidade do México, entre 21 de fevereiro e 8 de março de 1945, a através da qual as nações americanas manifestaram seu desejo de estabelecer um sistema internacional para a proteção dos direitos humanos no continente, recomendando ao Comitê Jurídico Interamericano a redação de um anteprojeto de Declaração de Direitos e Deveres Internacionais do homem.¹²²

Nesse cenário, outros documentos importantes figuraram como antecedentes importantes da Declaração Americana, como: a resolução pela “Livre Associação e Liberdade de Expressão dos Trabalhadores”; a “Declaração de Lima em favor dos Direitos da Mulher”; a Resolução n. XXXVI, na qual as Repúblicas Americanas repudiaram a perseguição política e religiosa; a “Declaração em Defesa dos Direitos Humanos” e o preâmbulo do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR), segundo o qual a paz está fundamentada no reconhecimento e proteção internacional dos direitos humanos e liberdades da pessoa humana.¹²³

¹²⁰ SISTEMA AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Artigo 27, parágrafo 1º.

¹²¹ PRONER, Carol. **Direitos humanos, políticas públicas e Mercosul**. Observatório Político Sul-Americano. Análise da Conjuntura OPSA, n. 12, dez. de 2006. p. 16. Disponível em: <<http://observatorio.iuperj.br>>. Acesso em 2 de maio de 2009.

¹²² LEÃO, Renato Zerbini R. **Os Direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001. p. 93-94.

¹²³ LEDESMA, Faúndez Héctor. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales e Procesales**. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 36-37.

No entanto, nas palavras de Espiell, foi através da Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá entre 30 de março e 2 de maio de 1948, que os Estados Americanos adotaram dois importantes instrumentos jurídicos em termos de proteção dos direitos humanos: a Carta da Organização dos Estados Americanos, que proclama os direitos fundamentais do indivíduo e o dever do Estado de respeitá-los; e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 2 de maio de 1948, e que preconiza o sentido principal da solidariedade americana não pode ser outro senão consolidar no Continente e dentro do âmbito das instituições democráticas, as liberdades individuais e a realização da justiça social, fundadas no respeito e proteção aos direitos humanos.¹²⁴

Originalmente, porém, a Carta da OEA não contemplava nenhum órgão encarregado da proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito de seus Estados partes; de sorte que foi a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, e cuja entrada em vigor data de 1978, que se estabeleceu um aparato de monitoramento e implementação dos direitos humanos, integrado pela Comissão Interamericana de direitos humanos e pela Corte Interamericana.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, inicialmente, só contava com um rol específico de direitos civis e políticos,¹²⁵ não enunciando de forma específica qualquer direito social, cultural e econômico, limitando-se a determinar o dever dos Estados-partes de alcançar progressivamente, a plena realização desses direitos através da adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas;¹²⁶ sendo que só a partir da adoção de Protocolo adicional à Convenção, em 1998, e que entrou em vigor em 1999, que os direitos econômicos, sociais e culturais foram elencados em um rol específico.¹²⁷

¹²⁴ ESPIELL, Héctor Cros. **Los derechos económicos, sociales e culturales en el Sistema Interamericano**. San José: Asociación Libro Libre, 1986. p. 107.

¹²⁵ Dentre os direitos civis e políticos previstos na Convenção, destacam-se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido a escravidão; o direito a liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à privacidade; o direito à liberdade de pensamento, crença e religião; o direito à liberdade de associação; o direito à nacionalidade; o direito à resposta; o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei; o direito à proteção judicial, dentre outros.

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 26.

¹²⁷ Dentre os direitos constantes do rol, figuram: o direito ao trabalho e a justas condições de trabalho; a liberdade de associação; o direito à saúde; o direito à seguridade social; o direito ao meio ambiente; o direito à nutrição; o direito à educação e cultura; a proteção à família; direitos das crianças, idosos e portadores de deficiência, dentre outros.

Mas embora tenha sido especificado um rol de direitos econômicos, sociais e culturais, permanece ainda a idéia de realização progressiva desses direitos; o que tem servido de óbice à sua efetivação em termos globais e regionais, neste em menor medida, confessamos.

A estrutura atual de proteção interamericana dos direitos humanos é composta, como já salientado, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.¹²⁸ A Comissão Interamericana é integrada por sete membros de alta autoridade moral e notório saber jurídico em matéria de direitos humanos, que podem ser nacionais de qualquer dos Estados-membros da OEA e que são eleitos, a título pessoal, pela Assembléia Geral da Organização para exercer mandato de 4 anos, sendo permitida apenas uma reeleição; sendo que sua competência alcança todos os Estados membros da OEA em matéria de direitos humanos.

Compete à Comissão promover a tutela e observância dos direitos humanos, estando autorizada a endereçar recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos humanos; preparar estudos e relatórios que se mostrem como necessários; solicitar aos respectivos Estados-partes informações acerca das medidas internamente adotadas em prol da proteção dos direitos humanos; bem como submeter um relatório anual à Assembléia Geral da OEA.¹²⁹

Diferentemente do sistema global de proteção dos direitos humanos, que prevê o sistema de monitoramento desses direitos através de relatórios a serem entregues pelos Estados-partes; no Sistema Interamericano, compete à Comissão Interamericana, e não aos Estados-partes, elaborar esse tipo de relatório, que corresponde a dois tipos de informes: um encaminhado anualmente à Assembléia Geral da OEA pela Comissão e o outro tratando de situação específica de proteção dos direitos humanos relativamente a determinado Estado-membro da OEA, que será, por sua vez, resolvida e decidida pela própria Comissão.¹³⁰

É também competência da Comissão Interamericana examinar as comunicações de violações de direitos humanos praticadas por qualquer dos Estados-partes, encaminhadas por indivíduos, grupo de indivíduos ou Organizações não-governamentais, através de petição que cumpra certos requisitos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos

¹²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90.

¹²⁹ Ibidem, p. 91.

¹³⁰ PINTO, Mônica. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: breve visión de los mecanismos de protección en el sistema interamericano. In: **Derecho internacional de los derechos humanos**. Montevideo, Comisión Internacional de Juristas/ Colégio de Abogados del Uruguay, 1993. p. 84-85.

internos, a demora processual injustificada ou, ainda a ausência de previsão legislativa do devido processo legal.¹³¹

No que se refere ao procedimento adotado pela Comissão, uma vez admitida a comunicação, aquela solicita informações ao governo denunciado, sendo que prestadas ou não estas, a Comissão procede a um exame acurado do caso, buscando sempre uma solução amistosa entre as partes. Nesse cenário, não sendo alcançada uma solução amistosa, caberá à Comissão redigir relatório enunciativo dos fatos e conclusões pertinentes ao caso, bem como de recomendações dirigida ao Estado-parte envolvido, que deverá dar-lhe cumprimento no prazo de 3 meses; de sorte que durante esse período, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que figura como o órgão jurisdicional do sistema interamericano.¹³²

Isso porque, diversamente do sistema europeu, que assegura o acesso direto das pessoas e Organizações não-governamentais à Corte, o sistema interamericano apenas permite a submissão de determinado caso à Corte Interamericana pelos Estados-partes ou pela Comissão Interamericana. A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema regional, composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA e eleitos a título pessoal pelos Estados-partes da Convenção; detendo competência consultiva e contenciosa e tendo por propósito interpretar e aplicar a Convenção.¹³³

Nos termos do Artigo 62 da Convenção Interamericana, a função contenciosa da Corte corresponde à resolução de casos que envolvem a alegação de alguma violação de direitos humanos e que lhe são apresentados por algum Estado-parte ou, ainda, pela Comissão Interamericana.

Como já ressaltado, qualquer pessoa ou Organização não-governamental pode peticionar à Comissão Interamericana no intuito de denunciar a violação de direitos humanos previstos na Convenção. Nesse cenário, caso a Comissão não alcance a solução pacífica do caso, deverá elaborar informe dos feitos e suas conclusões, que será enviado aos Estados interessados; e finalizado esse trâmite, o caso poderá ser submetido a julgamento pela Corte,

¹³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério Público**. Brasília, v. 46, n. 182, pp. 27-54, jul./dez. 1993. p. 44.

¹³² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

¹³³ LEÃO, Renato Zerbini R. **Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001. p. 101.

que tem competência para determinar, mediante decisão definitiva e inapelável, o pagamento, por parte do Estado violador, de justa indenização à vítima.¹³⁴

Porém, a competência da Corte Interamericana se limita ao âmbito dos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente, nos termos do Artigo 62 da Convenção; limitação esta, que nas palavras de Cançado Trindade, deve ser superada, a fim de se consagrar o “automatismo da jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-partes da Convenção”, que, junto ao sistema de petição individual, erguem todo o mecanismo internacional de salvaguarda do ser humano, razão pela qual se apresentam como verdadeiras cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos humanos.¹³⁵

No aspecto procedimental, vale ressaltar que embora os indivíduos e as Organizações não-governamentais não tenham acesso direto à Corte, se o caso for submetido à esta pela Comissão, as vítimas, seus parentes ou representantes podem submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte.¹³⁶

Compete à Corte Interamericana, no exercício de sua função contenciosa, tomar medidas provisórias que considere pertinentes em casos de extrema gravidade e urgência ou no intuito de evitar danos irreparáveis às pessoas, sendo que, segundo entendimento atual da Corte, essas medidas não se limitam aos casos de proteção do direito à vida e à integridade física, podendo servir de amparo a outros direitos humanos.¹³⁷

No plano consultivo, à Corte cabe emitir parecer requerido por qualquer Estado membro da OEA – parte ou não da Convenção- relativamente à interpretação dos dispositivos da convenção ou de qualquer outro tratado de direitos humanos adotado no âmbito da OEA, podendo ainda realizar o chamado “controle da convencionalidade das leis”, por meio do qual verifica a compatibilidade de preceitos da jurisdição doméstica em face dos tratados de direitos humanos.¹³⁸

¹³⁴ LEÃO, Renato Zerbini R. **Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001. p. 102.

¹³⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2º Ed. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. p. 91.

¹³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

¹³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Prólogo Del Presidente de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, In: **Medidas Provisionales** nº. 2. San José de Costa Rica, OEA/CIDH, Secretaría de La Corte, 2000.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100.

Quanto ao cumprimento das decisões proferidas pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por parte dos Estados envolvidos, a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico de supervisão desse cumprimento, muito embora a Assembléia Geral da OEA tenha mandato genérico a esse respeito, no sentido de apreciar relatório anual de atividades enviado pela Corte Interamericana, nos termos do Artigo 65 da Convenção.

Nesse sentido, Cançado Trindade assere que

[...] a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas decisões. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis – imprescindíveis para pôr fim à impunidade [...] Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças [...] Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva- da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção.¹³⁹

Piovesan ensina que várias tem sido as propostas no intuito de se maximizar a exigibilidade das decisões proferidas pela Corte Interamericana, dentre as quais se destacam quatro. A primeira proposta relaciona-se com a adoção pelos Estados-partes de legislação interna que assegure a implementação das decisões internacionais de direitos humanos, de sorte que a justicialização do sistema interamericano demanda a observância e o cumprimento das suas decisões no âmbito interno.¹⁴⁰

Embora a criação de mecanismos de efetivação das decisões da Corte Interamericana no âmbito interno dos Estados seja de crucial importância, compartilhamos do entendimento pelo qual não é esta proposta suficiente, devendo do Sistema Interamericano contar com instrumentos próprios e independentes da legislação interna de cada Estado-parte em prol da execução das decisões da Corte. Nesse sentido, a segunda proposta sugere a previsão de sanção ao Estado que, de forma reiterada e sistemática, descumprir as decisões internacionais,

¹³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2º Ed. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. p. 434.

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. A Justicialização do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, ano 1, n. 4, Brasília, jul./set. 2002. p. 25.

como, por exemplo, a suspensão ou expulsão do Estado pela Assembléia Geral da OEA, como acontece no sistema regional europeu.¹⁴¹

A terceira proposta compreende a previsão de acesso direto dos indivíduos e Organizações não-governamentais à Corte Interamericana, no intuito de possibilitar aos mesmos a reivindicação de direitos que lhes são inerentes contra todas as manifestações de poder arbitrário através do reconhecimento de sua capacidade processual perante o sistema regional interamericano.¹⁴²

Já a quarta e última proposta envolve uma questão mais administrativa, ou seja, sugere a instituição de funcionamento permanente da Comissão e da Corte, mediante a atribuição de recursos financeiros, técnicos e administrativos suficientes.¹⁴³ Comumente, a conjugação de todas essas propostas apresenta-se como o recurso mais adequado a se obter a maximização da atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em prol da efetivação da proteção da pessoa humana em face das mazelas praticadas pelos Estados e por outros indivíduos e instituições.

No que se refere ao sistema de monitoramento adotado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sedimentado nas petições individuais e comunicações interestatais, ressalta-se que esse sistema só é oportunizado, em sua maioria, para os casos que envolvem a violação de direitos civis e políticos, e não a violação de direitos econômicos, sociais e culturais.

É certo que o Protocolo de San Salvador de 1988, realizado no âmbito da OEA (Organização dos Estados Americanos), e cuja entrada em vigor data de 1999, trouxe a possibilidade de petições individuais em caso de violação do direito à educação e dos direitos dos trabalhadores de organizarem sindicatos. Porém, apesar dessa previsão ter representado um avanço em termos de efetividade na proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, é preciso se vislumbrar, nas palavras de Cançado Trindade, a adoção de mecanismos menos tímidos e mais fortalecidos para se obter uma proteção efetiva desses direitos.¹⁴⁴

¹⁴¹ PASQUALUCCI, Jô M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 344.

¹⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2º Ed. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004. p. 10-12.

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

¹⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 369-370.

De fato, ainda persiste a disparidade entre os métodos de implementação dos direitos humanos ainda persiste no âmbito regional com relação aos demais direitos econômicos, sociais e culturais; de sorte que embora já haja um consenso internacional acerca da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a disparidade em torno dos procedimentos de proteção adotados contribui para a ineficácia da proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, comumente nos Estados membros do MERCOSUL, como se verá adiante. Ademais, a proteção específica dos direitos sociais no âmbito da Organização dos Estados Americanos será enfocada no capítulo que se segue.

CAPÍTULO 2 – DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS E DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO ADOTADOS PELO MERCOSUL

2.1 Da estrutura internacional de proteção dos direitos humanos sociais

2.1.1 Dos direitos humanos sociais

A idéia de direitos sociais traz consigo uma nova concepção da pessoa humana. Isso porque não considera o titular do direito como um ser abstrato definido pelos traços permanentes de sua natureza, mas como indivíduo integrado no ambiente social das condições de vida que lhe impõe; buscando não enunciar as prerrogativas de uma natureza humana transcendente, mas estabelecer faculdades a que pode aspirar o homem econômica e socialmente situado.¹⁴⁵

Mas essa compreensão do ser humano, não mais como ser isolado, mas como ser social titular de direitos individuais e sociais, que, embora relativos à natureza humana, têm seus conteúdos desenvolvidos conforme o contexto social, econômico e cultural ao qual o titular está imerso não está restrita à compreensão dos direitos sociais, servindo de parâmetro norteador à compreensão contemporânea dos direitos humanos, como já salientado no primeiro capítulo desse trabalho.

Assim, tanto os direitos individuais como os direitos sociais devem partir da concepção de pessoa humana como socialmente imersa em uma comunidade, cujos valores tradicionais e comunais influenciam de forma relevante na feição daqueles direitos, bem como na idéia de que sua tutela busca, em última análise, o bem comum, e não o ser humano isoladamente considerado.

Nesse sentido, Meira Rosa ensina que a realização do bem comum e, por conseguinte, a tutela dos direitos humanos, pressupõe uma conjugação dos direitos e liberdades individuais com os direitos econômicos, sociais e culturais, na busca por melhores condições de existência digna.¹⁴⁶

Com efeito, na órbita internacional, os direitos humanos sociais são, assim como os direitos civis e políticos, econômicos e culturais, direitos de cuja realização depende a consecução da idéia de dignidade da pessoa humana, estando tutelados nos vários

¹⁴⁵ BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1949. p. 464.

¹⁴⁶ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 10-11.

instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a saber: Declaração Universal de Direitos Humanos; Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente; Convenção Europeia de Direitos Humanos; Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos; Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dentre inúmeros outros tratados.

No que se refere à conceituação propriamente dita de direitos sociais, Cesarino Júnior entende por direito social

o complexo de princípios e normas imperativas que têm por objeto a adaptação da forma jurídica à realidade social, considerando os homens na sua personalidade concreta e como membros dos grupos sociais diferentes do Estado e, tendo em vista principalmente, as diferenças de situação econômica entre eles existentes.¹⁴⁷

Vaz da Silva, por sua vez, ensina que os direitos sociais, entendidos em seu sentido amplo, abrangem o direito à educação, habitação, saúde, dentre outros, enquanto seu entendimento restrito se vincula ao direito do trabalho e aos trabalhadores; salientando que a gênese desses direitos remonta às reivindicações das classes trabalhadoras, representando o direito do trabalho o núcleo central dessa classe de direitos.¹⁴⁸

Podem ser identificadas na doutrina duas orientações acerca dessa conceituação de direitos sociais. A primeira entende os direitos sociais como aqueles que o indivíduo detém em face do Estado e que os legitimam a cobrar-lhe o fornecimento de condições adequadas ao seu desenvolvimento e existência digna como pessoa humana.¹⁴⁹

Já a segunda vincula o conceito de direitos sociais à idéia de hipossuficiência de seu titular, entendendo os direitos sociais como “verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social”.¹⁵⁰

Contudo, embora a garantia dos direitos sociais venha tutelar os hipossuficientes, não se pode vincular a titularidade dos direitos sociais a essa idéia, de modo que toda pessoa humana, hipossuficiente ou não (no sentido econômico do termo) é titular de direitos sociais; direitos esses que correspondem a direitos subjetivos através dos quais podem os indivíduos

¹⁴⁷ CESARINO JÚNIOR, A. F. **Direito social brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 45.

¹⁴⁸ SILVA, Floriano Correa Vaz da. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 15.

¹⁴⁹ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos Direitos Sociais dos Trabalhadores mediante a aplicação do Pacto Sociolaboral do Mercosul. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-21, 2004. p. 10.

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 43.

exigir do Estado a consecução de medidas concretas voltadas ao seu pleno desenvolvimento como pessoa humana.¹⁵¹

Assim, os direitos sociais podem ser entendidos como aqueles que oportunizam as condições materiais mínimas de existência aos indivíduos, segundo critérios de justiça distributiva; requerendo para tanto e de regra, uma ação positiva por parte do Estado.

2.1.2 Do contexto histórico de reconhecimento dos direitos humanos sociais

Embora a noção da existência de direitos inerentes à pessoa humana seja relativamente antiga, os direitos sociais passaram a ser reconhecidos e tutelados como consequência da Revolução Industrial e da adoção da economia capitalista, que trouxeram a mecanização do trabalho humano e, com ela, a necessidade de se limitar a autonomia contratual a partir de direitos garantidores de condições materiais mínimas relativas ao indivíduo, comumente àqueles integrantes da classe operária, face às mazelas de exploração praticadas contra os mesmos.¹⁵²

Inicialmente a comunidade internacional estava voltada à tutela de direitos civis e políticos, como reflexo da adoção do Estado Liberal, garantidor da liberdade individual e da igualdade formal. As inúmeras explorações vivenciadas pelos trabalhadores demonstraram, no entanto, que a liberdade não bastava para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores,¹⁵³ denotando a necessidade de um Estado capaz não só de garantir liberdade política e igualdade formal aos indivíduos, mas condições efetivas de existência digna, ou seja, passou-se a exigir do Estado a garantia de igualdade material dentro do âmbito de justiça distributiva; o que só é alcançado a partir da tutela e efetivação dos direitos sociais.

Ora, o Estado Liberal, em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sob o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica. Assim, o individualismo marcado

¹⁵¹ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos Direitos Sociais dos Trabalhadores mediante a aplicação do Pacto Sociolaboral do Mercosul. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-21, 2004. p. 10.

¹⁵² CEZARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTR: USP, 1980. p. 45.

¹⁵³ RIPERT, Georges. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: livraria Acadêmica, Saraiva e Cia, 1937. p. 14.

pelo Estado Liberal teve de passar a um plano secundário para que tomasse realce o interesse social.¹⁵⁴

Assim, deixou-se de considerar o homem economicamente isolado, para se focalizar o homem histórico e social, que vive não só do pensamento, mas também da ação, o homem, na visão de Consentini,

cujo verdadeiro estado de natureza é a sociedade, de maneira que a mesma pessoa se desenvolve individual e socialmente e, enquanto tem de um lado a tendência a desenvolver sua própria personalidade, sente-se, por outro lado, chamada a exercer sua personalidade coletiva na função correspondente a suas aptidões e capacidades.¹⁵⁵

Nesse sentido, caberia ao Estado, a partir de então, figurar como órgão de equilíbrio entre os diferentes grupos e interesses, ou seja, como órgão supremo do direito e interventor como representante dos interesses coletivos, de modo a reprimir os interesses individuais privados, manter o equilíbrio entre os diversos fatores de produção e oportunizar o bem estar social a partir de uma melhor repartição de riquezas.¹⁵⁶

Surge, assim, o Estado Social de Direito, marcado pelo seu caráter intervencionista, e com ele o reconhecimento dos direitos sociais, como garantia imprescindível à realização do bem estar dos indivíduos como membros da coletividade.

Sob esse contexto, também influenciaram para o reconhecimento e tutela dos direitos sociais a Constituição Francesa de 1948; o lançamento do Manifesto Comunista de Marx e Engels, no mesmo ano; bem como a chamada “doutrina social da Igreja Católica”, que, retomando por base a tese tomista da busca pelo bem comum e da dignidade humana, publica, em 1891, a Encíclica *Rerum Novarum*, elaborada pelo Papa Leão XIII, na qual este delinea a tutela da classe trabalhadora e os direitos a ela inerentes.¹⁵⁷

Em tempos atuais, a realização dos direitos humanos sociais está fincada na idéia de Estado Democrático de Direito, que requer a consecução e proteção dos direitos individuais e sociais, da liberdade, da segurança, do bem estar, do desenvolvimento, da igualdade formal e material e, em última análise, da própria justiça.

¹⁵⁴ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21º ed. v. 1. São Paulo: LTR, 2004. p. 36.

¹⁵⁵ CONSENTINI, Francesco. **La reforma de la legislación civil y el proletariado**. Traducción Alberto Aguilar Arjona. Madrid: F. Beltrán, s.f. p. 153.

¹⁵⁶ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21º ed. v. 1. São Paulo: LTR, 2004. p. 38.

¹⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 45.

Bolzan de Moraes assere que o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito a uma adaptação melhorada das condições de existência, passando a agir simbolicamente como fomentador da participação pública “quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica”.¹⁵⁸

O referido autor também ressalta que a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência e apresenta como princípios norteadores do Estado Democrático de Direito: a Constitucionalidade (idéia de constitucionalismo mínimo); a organização democrática da sociedade; o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; a Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; a igualdade como possibilidade não apenas formal, mas como articulação de uma sociedade justa; a legalidade como medida de direito e a segurança e certezas jurídicas.¹⁵⁹

Ocorre que, embora a noção de Estado Democrático de Direito traga consigo e de forma inseparável a idéia de tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais, e não apenas dos direitos civis e políticos, essa consecução e proteção nem sempre se dá de forma ampla e efetiva por parte dos Estados democráticos, o que gera uma anomalia dentro do sistema, já que a garantia de liberdade política, relacionada à efetivação dos direitos civis e políticos, deve estar conjugada à idéia de proteção dos econômicos, sociais e culturais, sem os quais a garantia de participação do cidadão na vida política torna-se inócua.

Isso porque, existe entre os direitos humanos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais um vínculo de complementaridade e interdependência, que requer a tutela dos referidos direitos de forma conjunta e, como consequência, a adoção de medidas igualmente eficazes, no intuito de se alcançar a plena consolidação da idéia de dignidade da pessoa humana no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Não adotamos a idéia de democracia cética defendida por Kelsen, que enfoca o estudo do Estado Democrático sem lhe conferir um fundo filosófico-valorativo. Para Kelsen, o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é a garantia de liberdade política dos cidadãos,

¹⁵⁸ MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Direitos fundamentais sociais:** Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 56.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 56.

que gera, ao mesmo tempo, uma igualdade entre eles, já que todos participam do processo de escolha; colocando como ponto chave da democracia a liberdade política e não a igualdade.¹⁶⁰

O referido autor ainda ensina que no Estado Democrático de Direito as decisões políticas são norteadas pela vontade da maioria; de sorte que embora o Estado deva, nesse cenário, garantir a proteção dos direitos fundamentais da minoria, até mesmo para conservar sua existência, é possível que a vontade da maioria conduza à adoção de uma proposta de governo tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais e, em última análise, a própria democracia.¹⁶¹

Quando falamos em proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais como pressuposto básico de manutenção do Estado Democrático de Direito, estamos tomando por base a idéia de Democracia Crítica enunciada por Zagrebelski, e não a democracia cética delineada por Kelsen.

Ora, não há razão de ser em um Estado Democrático que permita a supressão de direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, da sua própria estrutura como regime de governo, fundamentando tal anomalia na vontade da maioria. De certo, o objetivo final da adoção do Estado Democrático de Direito não deixa de ser a proteção da própria pessoa humana, razão pela qual deve aquele apresentar um caráter crítico, no sentido de preservar a tutela e efetivação dos direitos humanos em sua plenitude a partir de uma Constituição de valores mínimos, que não podem ser rechaçados nem mesmo pela vontade da maioria.¹⁶²

Nesse contexto, incumbe ao Estado que adota o regime democrático garantir não apenas a liberdade política, mas valores mínimos voltados à consecução de uma certa igualdade material entre aqueles que vão exercer aquela liberdade política; de sorte que a participação na formação da vontade política só tem sentido quando o Estado garante condições mínimas de dignidade aos seus indivíduos. E a garantia de condições mínimas de dignidade humana, nos remete à efetivação dos direitos sociais, sem os quais a participação na vida política perde o seu sentido.

2.1.3 *Do rol dos direitos sociais*

No que se refere ao rol de direitos que podem ser integrados na concepção de direitos sociais, Robert Alexy pondera que os direitos a prestações estatais (em sentido amplo) podem

¹⁶⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27-28.

¹⁶¹ Ibidem, p. 88-89.

¹⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 199. p. 52.

ser divididos em três grupos: 1) os direitos a proteção; 2) os direitos a organização e procedimentos e 3) os direitos a prestações em sentido estrito.¹⁶³

O referido autor ensina que o direito a proteção pode ser entendido como o direito que o titular de um direito fundamental tem de exigir que o Estado evite a sua violação por parte de terceiros. Já os direitos procedimentais se referem tanto ao estabelecimento de determinadas normas procedimentais quanto ao direito relativo a determinada forma de interpretação e aplicação de uma norma procedimental; enquanto os direitos a prestações em sentido estrito corresponderiam a direitos que exigem uma ação estatal voltada à garantia de condições materiais mínimas de existência digna aos indivíduos.¹⁶⁴

Embora a idéia de direitos sociais norteie estas três concepções de direitos, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos têm focado os direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, tem tutelado o direito ao trabalho e à justa remuneração; o direito à educação; o direito de greve; o direito de formar sindicatos; o direito à previdência e assistência social; o direito a um padrão de vida razoável que inclua alimentação; os direitos da criança; o direito à moradia, o direito à saúde, dentre outros direitos sociais.¹⁶⁵

2.1.4 Dos instrumentos globais de proteção

No que se refere aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotados pelo sistema global exercido pela Organização das Nações Unidas, cumpre salientar, primeiramente, que não é pretensão do presente trabalho versar sobre todos os direitos sociais nem sobre todas as organizações especializadas voltadas à sua tutela; de sorte que só será abordado o sistema de proteção instituído pelo Pacto de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966), bem como o sistema da Organização Internacional do Trabalho para a proteção ao direito ao trabalho.

No que se refere ao sistema de monitoramento previsto no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já salientamos que esse sistema pressupõe a realização progressiva e não a realização imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais, por entender que a efetivação desses direitos depende de fatores políticos,

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2001. p. 430-433.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 430-433.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

econômicos e sociais do âmbito interno de cada um dos Estados; diferentemente dos direitos civis e políticos, tomados como direitos de realização imediata pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Essa distinção entre os métodos de implementação dos direitos civis e políticos, de um lado, e dos direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, começa a perder a sua razão de ser a partir da adoção da concepção contemporânea dos direitos humanos, fincada na indivisibilidade, inalienabilidade, universalidade e interdependência desses direitos; tal como estabelecido na 1ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos (Teerã, 1968) e na resolução da Assembleia Geral da ONU, de 1977, que afirma a obrigatoriedade dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁶⁶

Segundo Lamarche, na Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais revelou que os Estados toleravam mais as violações a esses direitos do que aos direitos civis e políticos; preconizando que a dificuldade “desses direitos programáticos” é a relatividade e a variabilidade dos seus modos de execução, de modo que afirmar a indivisibilidade é “criar um equilíbrio estratégico-político entre a manipulação política dos direitos das pessoas e o sistema dos beneficiários de todos os direitos da pessoa.”¹⁶⁷

Justamente no intuito de maximizar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais é que a comunidade internacional, a partir de então, passou a afirmar com mais afinco a indivisibilidade e interdependência existente entre os direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais; bem como a sua universalidade, embora haja grande diversidade cultural entre os Estados.

Inicialmente, o sistema de monitoramento estabelecido pelo Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não previa qualquer órgão de monitoramento, sendo que apenas em 1986 é que foi instituído o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com efeito, o sistema de monitoramento originalmente previsto no Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas trazia o sistema de relatórios, que deveriam ser encaminhados pelos respectivos Estados-partes ao Secretário-Geral da

¹⁶⁶ MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 220-221.

¹⁶⁷ LAMARCHE, Lucie. **Perspectivas ocidentales du droit international des droits économiques de la personne**. Bruxelas: Editions Bruylant, 1995. p. 81-84.

ONU, e nos quais deveriam constar as medidas implementadas pelos Estados e as dificuldades encontradas nessa implementação em prol da proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Segundo Albuquerque Mello, na Conferência da ONU, realizada em 1966, e voltada à aprovação dos dois Pactos de Proteção dos Direitos Humanos, foram apresentados dois projetos de criação de um Comitê de Monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais, que não obtiveram aprovação; havendo, por outro lado, consultas com os Estados sobre a criação do Comitê de Técnicos, sendo que poucos deles apresentaram objeções.¹⁶⁸

O referido autor ensina que desde a entrada em vigor dos dois Pactos de Proteção dos Direitos Humanos, datada de 3 de janeiro de 1976, o Conselho Econômico e Social da ONU passou a estudar uma maneira de operacionalizá-los; sendo que um Grupo de Trabalho que funcionou de 1983 a 1986 apresentou uma série de críticas ao procedimento adotado pelo Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saber: a) os relatórios eram examinados superficialmente e de modo politizado; b) o Grupo a quem competia examinar os relatórios não conseguia estabelecer padrões para sua avaliação; c) as organizações especializadas, como a OIT, eram impedidas de contribuir para os trabalhos do Grupo; d) não havia uma visão ampla para apreciar o contexto em que os Estados atuavam, dentre outras críticas.¹⁶⁹

A partir dessas críticas, foi instituído o Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1986, formado por 18 membros, que são técnicos de reconhecida competência em direitos humanos e que atuam pessoalmente e não como representantes de seus respectivos Estados, além de serem indicados pelos Estados-partes no Pacto e exercerem mandato de 4 anos, reunindo-se anualmente em Genebra para sessões com duração de três semanas.

Nesse sentido, Albuquerque Mello aponta que a grande diferença existente entre o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é que enquanto o primeiro se fundamenta em um tratado, isto é, no Pacto de Direitos Civis e Políticos, “o que torna os seus membros apenas responsáveis perante os Estados partes”; o

¹⁶⁸ MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 225-226.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 226.

segundo figura como uma criação do Conselho Econômico e Social da ONU, que pode, a qualquer momento, ter sua composição alterada.¹⁷⁰

No que se refere às atividades do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, compete a este examinar os relatórios dos Estados-partes que denotem deficiência na tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais, procurando assegurar que haja, muitas vezes, a revisão da legislação nacional no intuito de adequá-la ao Pacto; bem como estabelecer políticas de monitoramento daqueles direitos, facilitar uma pesquisa pública sobre as políticas relevantes adotadas pelos governos, fazer uma avaliação efetiva sobre o progresso na aplicação do Pacto etc.¹⁷¹ E, aliada à atuação do Comitê, as bases das informações relativas aos direitos econômicos, sociais e culturais tem-se desenvolvido com a colaboração de Organizações especializadas, como a OIT, a UNESCO, a FAO etc.¹⁷²

Cançado Trindade assere que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nas sete sessões de trabalho realizadas no período de 1987-1992, tem tomado algumas decisões significativas, sendo que na primeira sessão, o Comitê buscou meios para se garantir o aperfeiçoamento do sistema de relatórios previsto no Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, não se limitando ao relato dos Estados, mas recorrendo a fontes alternativas de informação como as advindas de agências especializadas do sistema das Nações Unidas, assim como as advindas de Organizações não-governamentais; cuidando ainda de garantir a sua própria independência.¹⁷³

Na segunda sessão, o Comitê determinou a elaboração de “comentários gerais” sobre os artigos do Pacto de proteção, bem como programou para cada ano um debate aprofundado sobre determinado direito ou artigo específico previsto no Pacto; enquanto que na terceira sessão, o Comitê programou a revisão e simplificação e, por conseguinte, o aperfeiçoamento das diretrizes sobre os relatórios dos Estados-partes. Já na quarta sessão, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais focou suas preocupações no “conteúdo mínimo” desses

¹⁷⁰ MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 226-227.

¹⁷¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 370.

¹⁷² MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 227.

¹⁷³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 373.

direitos, “afetados pelos problemas da dívida, dos ajustes estruturais e do empobrecimento”.¹⁷⁴

Na quinta sessão, o Comitê procedeu à determinação de novas diretrizes a serem respeitadas pelos Estados-partes na elaboração de seus respectivos relatórios, passando a exigir dos mesmos informações sobre indicadores econômicos e sociais e indicadores sobre o padrão de vida não só da sociedade como um todo, mas de determinados grupos tidos como particularmente vulneráveis.

Nessa mesma sessão e na seguinte, o Comitê discutiu a elaboração de um Projeto de Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo por objetivo o estabelecimento do sistema de petições ou comunicações em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais; além de se propor um estudo comparado acerca da justiciabilidade desses direitos nos Estados-partes e adotar como base do projeto do Protocolo a doutrina da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos.

O exame do Projeto de Protocolo Facultativo prosseguiu na sétima sessão do Comitê, datada de 1992, e na qual seus membros aprovaram a proposta de sua redação; de sorte que a favor do referido projeto argumentou-se que a adoção do sistema de petições possibilitaria a exigência da adoção de medidas concretas por parte dos Estados em prol dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de ampliar o compromisso desses Estados para com a efetivação daqueles direitos; de modo a reduzir as disparidades existentes em relação aos mecanismos de monitoramento empregados para os direitos civis e políticos.¹⁷⁵

No período de 1989-1995, segundo Cançado Trindade, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais elaborou e divulgou seis “comentários gerais”. No comentário geral n. 1, o Comitê buscou aperfeiçoar o sistema de relatórios previsto no Pacto, no intuito de maximizar a supervisão dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de facilitar o exame público das políticas governamentais em relação aos mesmos.¹⁷⁶

No comentário n. 2, o Comitê sugeriu a adoção de medidas de assistência técnica internacional relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais; recomendando a incorporação da proteção desses direitos, na medida do possível, aos programas e políticas

¹⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 373.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 374-375.

¹⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 375.

destinados a “promover os ajustes estruturais, e referiu-se à proposta de 1979 do Secretário-Geral das Nações Unidas de que as agências das Nações Unidas viessem a exigir um *human rights impact assessment* em relação às atividades de cooperação para o desenvolvimento”.¹⁷⁷

No terceiro comentário, voltou-se o Comitê a idéia de “obrigações mínimas” de todos os Estados-partes no sentido de assegurar às suas respectivas populações a satisfação de níveis essenciais mínimos de cada um dos direitos consagrados no Pacto; enquanto que no comentário n. 4, o Comitê advertiu que compete aos Estados dar prioridade à proteção dos grupos sociais em condições desfavoráveis, salientando que as obrigações previstas no Pacto devem ser respeitadas sobretudo em tempos de recessão econômica.¹⁷⁸

Os dois últimos comentários do Pacto versaram, por sua vez, sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das pessoas portadoras de deficiência e dos idosos, respectivamente.; sendo que atualmente, o Comitê tem considerado, para a adoção de novos comentários, outros temas como as cláusulas de não discriminação do Pacto, o direitos à saúde e alimentação, os despejos forçados, dentre outros.¹⁷⁹

Quanto ao sistema de relatórios, inicialmente, cada Estado deveria apresentar um relatório sobre um terço do Pacto a cada três anos, levando-se nove anos para que um Estado apresentasse relatório sobre todo o Pacto. Diante dessa sistemática, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais passou a exigir um relatório global a cada cinco anos.¹⁸⁰

Ao examinar a natureza dos direitos econômicos, sociais e culturais, o Comitê assinalou que, se por um lado o Pacto prevê a realização progressiva desses direitos; por outro, impõe várias obrigações de efeito imediato, a saber:

a) obrigação de adotar medidas (“to take steps”) pouco após a entrada em vigor do Pacto (artigo 2 (1)); b) compromisso de garantir o exercício dos direitos protegidos “sem discriminação”; c) aplicabilidade imediata de determinadas disposições por órgãos judiciais e outros nos ordenamentos jurídicos internos (artigos 3; 7 (a) (1); 8; 10 (3); 13 (2) (a) (3) e (4); e 15 (3)); d) obrigação geral de buscar constantemente a realização dos direitos consagrados sem retrocessos; e) “obrigações mínimas” (“*minimum core obligations*”) em relação a todos os direitos consagrados, e, em caso de não-cumprimento, obrigação de provar que “o máximo dos recursos disponíveis” (tanto no plano nacional como mediante a cooperação e assistência

¹⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 374-376.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 376.

¹⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 376.

¹⁸⁰ MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 228.

internacionais) foi utilizado ou se tentou utilizá-lo, para a realização dos direitos consagrados (artigos 11, 15, 22 e 23 do Pacto); f) em épocas de crises econômicas graves, de processos de reajuste, de recessão econômica, obrigação de proteger os setores e membros mais vulneráveis da sociedade por meio de programas específicos de relativamente baixo custo.¹⁸¹

Em 1992, no seio da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas, propôs-se a nomeação, pela Comissão de Direitos Humanos, de relatores especiais encarregados de examinar determinados aspectos dos direitos econômicos, sociais e culturais, como as causas da “pobreza extrema” e a realização do direito à moradia. Também foram propostas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais alterações legislativas e de políticas públicas nos Estados-partes no intuito de harmonizar a prática dos mesmos às disposições do Pacto de proteção; recomendando-se, como já ressaltado, a inserção do sistema de petições aos mecanismos de monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁸²

Desse modo, o sistema de monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais adotado pela Organização das Nações Unidas está sedimentado no sistema de relatórios que devem ser entregues pelos Estados-partes, bem como na atuação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; sendo mister salientar que, embora várias tenham sido as propostas deste no sentido de se adotar um sistema de petições individuais voltado a maximizar a tutela internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais; esse sistema ainda não foi implementado no âmbito das Nações Unidas; o que efetivamente denota uma falha no sistema global de proteção desses direitos.

No que concerne à atuação da Organização Internacional do Trabalho em prol dos direitos humanos sociais dos trabalhadores, tem-se que desde a sua criação em 1919 com o Tratado de Versalhes, essa organização emite uma série de resoluções voltadas a garantir, em especial, condições de trabalho dignas aos empregados; de sorte que essa organização também conta com um sistema de proteção das convenções internacionais do trabalho. Por esse sistema, os governos devem apresentar relatórios sobre a aplicação das convenções que ratificaram, competindo ao Conselho de Administração da OIT formular formulário contendo

¹⁸¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 377.

¹⁸² Ibidem, p. 378.

perguntas de ordem geral e de ordem particular referentes à medidas tomadas pelos Estados no sentido de efetivar o disposto nas convenções adotadas.¹⁸³

Nesse sentido, os relatórios enviados pelos Estados são analisados por uma Comissão de Técnicos, sendo que à Conferência Internacional do Trabalho compete, por sua vez, apreciar as legislações e práticas dos Estados, bem como formular pedidos aos Estados de maiores informações, ale de poder fazer um comentário público caso os Estados não adotem as medidas por ela recomendadas.

À Conferência também incumbe analisar os relatórios enviados pela Comissão de Técnicos, negociar com os governos, assim como fornecer assistência técnica aos países em desenvolvimento em matéria de proteção do trabalho; podendo ainda designar uma Comissão de Investigação em caso de comunicação interestatal de violação dos direitos previstos nas suas respectivas Convenções.¹⁸⁴

2.1.5 Dos Instrumentos de proteção adotados pelo Sistema Regional Interamericano

Atualmente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos está delineado na Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969.

Conforme já salientado, originalmente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos não enunciou de forma específica qualquer direito econômico, social e cultural, limitando-se a determinar o alcance progressivo da proteção desses direitos por parte dos Estados; de sorte que só posteriormente, em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou Protocolo adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais, também denominado de Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em novembro de 1999, por ocasião do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do Artigo 21 do Protocolo.¹⁸⁵

O Protocolo de San Salvador tutela uma série de direitos sociais, dentre os quais figura o direito ao trabalho, que, nos termos do protocolo, inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna, o direito a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho,

¹⁸³ MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 230-231.

¹⁸⁴ Ibidem, p. 230-231.

¹⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 236-237.

o direito a uma remuneração que assegure condições de subsistência digna, a segurança e higiene no trabalho, a proibição de trabalho noturno, insalubre e perigoso a menores de 18 anos, a limitação da jornada de trabalho, bem como o direito ao repouso semanal remunerado e a férias.¹⁸⁶

O Protocolo também traz no rol dos direitos sociais os direitos sindicais, a liberdade sindical, o direito de greve, a liberdade de associação, o direito à previdência social, o direito à saúde, devendo os Estados reconhecer a saúde como um bem público, além de adotar medidas voltadas ao atendimento primário de saúde, à imunização contra as principais doenças infecciosas, à prevenção e tratamento de doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza, à educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas de saúde e à satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e mais vulneráveis em razão de sua situação de pobreza.¹⁸⁷

Outros direitos sociais preconizados pelo protocolo de San Salvador são o direito à alimentação, relativo à obtenção, por cada indivíduo, de uma nutrição adequada que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual; o direito à educação, que deverá se orientar para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e incluir o acesso ao ensino fundamental, médio e superior; o direito à constituição e proteção da família; os direitos da criança; bem como a proteção de pessoas idosas e portadoras de deficiência.¹⁸⁸

Segundo Piovesan, diante desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana e do protocolo de San Salvador, cabe a cada Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos, sem qualquer discriminação, cabendo-lhes ainda adotar medidas legislativas e de outra natureza em prol da efetividade dos direitos humanos.¹⁸⁹

¹⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Artigos 6º e 7º.

¹⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Artigos 8º, 9º e 10º.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Artigos 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 273.

Nesse sentido, Buergenthal salienta que os Estados partes da Convenção Americana têm tanto obrigações positivas quanto negativas relativamente aos direitos civis e políticos nela enunciados, ou seja, têm o dever de não violar os direitos e garantias nela prescritos e, ao mesmo tempo, o dever de adotar medidas necessárias e razoáveis ao pleno exercício desses mesmos direitos.¹⁹⁰

Esse entendimento também pode ser estendido ao rol de direitos sociais, pois muito embora esses direitos figurem como direitos de prestação em sentido estrito, ou seja, direitos que exigem uma prestação positiva por parte dos Estados em prol de sua tutela; há também uma parcela de obrigações negativas deles decorrentes, na medida em que deverá o Estado cuidar não só de promover a realização de políticas públicas voltadas à consecução dos direitos sociais, mas também de proteger a pessoa humana contra sua própria atuação, lhe garantido liberdade de trabalho, associação, sindical etc.

Vale destacar que o Protocolo de San Salvador também preconiza, em seu Artigo 1º, que os Estados-partes se comprometem a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna quanto por meio de cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, e até o máximo de recursos disponíveis, levando-se em conta o seu grau de desenvolvimento, em prol da realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais; adotando, pois, a concepção progressiva da realização desses direitos.

Quanto ao aparato de monitoramento e consecução dos direitos sociais adotado pelo Sistema Regional Interamericano, vale lembrar que este não se diferencia muito do sistema global, estando sedimentado no Sistema de Relatórios a serem encaminhados pelos Estados Partes.

Com efeito, o Protocolo de San Salvador estabelece, em seu Artigo 19, que

1. Os Estados-partes neste protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto por este artigo e pelas normas pertinentes que a propósito deverão ser elaboradas pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo protocolo.
2. Todos os relatórios serão apresentados ao Secretário-Geral da OEA, que os transmitirá ao Conselho Interamericano e Social e ao Conselho Interamericano da Educação, Ciência e Cultura, a fim de que os examinem de acordo com o disposto neste artigo. O Secretário-Geral enviará cópia desses relatórios à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁹⁰ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988. p. 145.

Nesse sentido, o sistema de monitoramento dos direitos sociais adotado pelo Sistema Interamericano limita-se quase que exclusivamente a esse sistema de relatórios, que, como bem salienta Cançado Trindade, não impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas de efetivação dos direitos sociais, mas apenas de informar as políticas públicas empregadas em prol da consecução desses direitos e dos direitos econômicos e culturais, além de poderem enunciar as dificuldades encontradas; devendo haver a adoção de medidas menos tímidas e mais efetivas por parte do Sistema Global e do Sistema Interamericanos, sob pena dos direitos econômicos, sociais e culturais caírem no vazio.¹⁹¹

O Protocolo também prevê o encaminhamento pelos organismos especializados do Sistema Interamericano de relatórios ao Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura sobre o cumprimento das disposições do protocolo.¹⁹²

É cediço lembrar que embora o Protocolo de San Salvador não tenha adotado o sistema de comunicações interestatais nem a possibilidade de petições individuais quando da violação dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que dificulta a efetivação desses direitos em termos regionais, o Protocolo abre uma exceção, prevendo a possibilidade de petições individuais em caso de violação do direito à educação e dos direitos dos trabalhadores de organizarem sindicatos.¹⁹³

As petições ou comunicações relativas a violações do direito à educação ou à organização sindical e encaminhadas por indivíduos ou organizações não-governamentais devem ser examinadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que verificará, primeiramente, a observância de requisitos mínimos de admissibilidade, como o prévio esgotamento dos recursos internos – salvo no caso de injustificada demora processual, ou no caso de a legislação doméstica não prover o devido processo legal.¹⁹⁴

Nesse contexto, compete a Comissão, uma vez prestadas as informações pelo governo envolvido, verificar a procedência ou não dos motivos da comunicação ou petição, devendo-se empenhar no alcance de uma solução amistosa entre as partes; sendo que, se alcançada

¹⁹¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 369.

¹⁹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Artigos 19.

¹⁹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 369-370.

¹⁹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991. p. 12.

essa solução, a Comissão deverá elaborar um informe que será transmitido ao peticionário e aos Estados-partes da Convenção, sendo comunicado posteriormente à secretaria da Organização dos Estados Americanos para competente publicação; deve o informe conter uma breve exposição acerca dos fatos e da solução alcançada.¹⁹⁵

Não alcançando qualquer solução amistosa, a Comissão elaborará um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso, bem como e se for cabível as suas recomendações ao Estado-parte violador do direito; tendo este o prazo de 3 meses para dar cumprimento às recomendações feitas. Dentro desse prazo, o caso pode ser solucionado pelas partes ou encaminhado pela Comissão à Corte Interamericana de Direitos Humanos; sendo que se tal não ocorrer, poderá a Comissão, por maioria absoluta de votos de seus membros, decidir se as medidas por ela recomendadas foram adotadas pelo Estado, publicando informe que constará no relatório anual de suas atividades.¹⁹⁶

Em sendo o caso submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos e decidindo esta pela ocorrência de violação aos direitos tutelados, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado, podendo, inclusive, condenar o Estado violador a pagar justa compensação à vítima; gozando sua decisão de força jurídica vinculante e obrigatória.

Salienta-se que para que o Estado se submeta ao julgamento da Corte, é preciso que reconheça sua jurisdição, já que tal jurisdição foi adotada sob a forma de cláusula facultativa, sendo que todos os Estados que compõe o Mercosul submetem-se à referida jurisdição. O monitoramento dos direitos sociais adotado pelo Sistema Interamericano também prevê a possibilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos formular recomendações e observações que julgar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais tutelados no protocolo em todos ou em alguns dos Estados-partes; podendo essas recomendações serem incluídas no Relatório Anual a ser apreciado pela Assembléia geral ou num relatório especializado.¹⁹⁷

¹⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 242-243.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 250-251.

¹⁹⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador). Artigos 19.

2.2 Da proteção dos direitos humanos sociais no Mercosul

Neste tópico, será abordado o processo de constituição do Mercosul, a estruturação básica dessa união aduaneira, bem como os instrumentos jurídicos internacionais adotados em seu âmbito em prol da proteção e efetivação dos direitos humanos sociais. Nesse sentido, também será focado o contexto jurídico-constitucional dos Estados-partes, no intuito de verificar o tratamento por estes conferido aos direitos humanos sociais em suas respectivas Constituições.

2.2.1 Do Mercosul

2.2.1.1 Constituição e sentido do Mercosul

O Mercado Comum do Sul – Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, em 1999, que estabeleceu a formação desse bloco entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, no intuito de fortalecer os seus mercados nacionais; buscando, por meio da integração maximizar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social, aproveitar de forma mais eficaz os recursos disponíveis, fomentar a preservação do meio ambiente, promover o melhoramento das interconexões físicas, bem como a coordenação de políticas macroeconômicas da complementação dos diferentes setores da economia; tomando como base os princípios da gradualidade, flexibilidade e equilíbrio.¹⁹⁸

Desde a segunda Guerra mundial, os Estados passaram a conviver em uma verdadeira comunidade jurídica organizada, também chamada de “Comunidade Internacional”; na medida em que tomaram consciência de que os entraves do subdesenvolvimento só poderão ser superados com a integração e cooperação dos povos, que se consubstancia pela via das relações internacionais.

Nesse contexto, a idéia de relativização da soberania dos Estados face à cooperação e integração internacional ganha destaque, e, com ela, o surgimento de várias organizações internacionais, de vocação universal e regional, como a Liga das Nações (1919-1939), a Organização das Nações Unidas (1945), a Organização dos Estados Americanos (1948), a Organização Internacional do Trabalho (1919).¹⁹⁹

¹⁹⁸ SANTOS, Antônio Carlos Viana; RULLI JÚNIOR, Antônio. **Mercosul** – espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de Justiça Supranacional e Parlamento do Mercosul. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 1.

¹⁹⁹ BASSO, Maristela (org.). **Mercosul** – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 15-17.

Várias organizações de cooperação e integração econômica também começaram a se constituir, dentre as quais figura como a primeira a Organização Européia de Cooperação Econômica – OEC, hoje conhecida como OCDE – Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com sede em Paris; sendo que foi graças ao trabalho dessa organização na recuperação de seus países membros e na consecução dos ideais de integração e cooperação econômica, que os europeus, em 1951, criaram a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) e, em 1957, a Comunidade Européia de Energia Atômica (CEEa) e a Comunidade Econômica Européia (CEE), hoje “fundidas organicamente e denominadas de União Européia, após o Tratado de Maastricht de 1992.”²⁰⁰

Essa busca pela integração e cooperação econômica, embora tenha sido iniciada pelos europeus, ganhou, posteriormente, espaço nos outros continentes, com a criação da Organização para a Unidade Africana (OUA); do Conselho de Ajuda Mútua Econômica (CAME ou COMECON), dos países do Leste Europeu, hoje em extinção; da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), de 1960, depois substituída, em 1980, pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI); do Grupo Andino ou Sistema Andino de Integração; da Área de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e, finalmente, do Mercado Comum do Sul (Mercosul).²⁰¹

Assim, a superação do conceito clássico de soberania estatal e, por conseguinte, a admissão da idéia de sua relativização, aliada à concepção de que o desenvolvimento dos Estados depende da cooperação e integração regionais e internacionais, corroboraram o surgimento de verdadeiros blocos econômicos que hoje redefinem os contornos do cenário mundial e que, quando constituídos através de um tratado, recebem o nome de organizações internacionais, encontrando-se regidos pelo direito internacional.²⁰²

É em meio a esse contexto que surge o Mercosul, cujos antecedentes históricos encontram alguma ressonância, na visão de Denise Luiz, na criação da Comissão Econômica para a América Latina (CE-PAL), em fevereiro de 1948, por intermédio de técnicos das

²⁰⁰ BASSO, Maristela (org.). **Mercosul** – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 16.

²⁰¹ Ibidem, p. 16.

²⁰² BASSO, Maristela (org.). **Mercosul** – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

Nações Unidas, liderados pelo argentino Raul Prebisch, no intuito de fomentar a criação de um Mercado Comum Latino-Americano.²⁰³

Em 1960, foi criada a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), com o objetivo unir os países da América do Sul e México, excetuando-se as Guianas, em prol da concretização de uma área de livre comércio num período de 12 anos, de modo a promover a inserção internacional das economias dos países envolvidos. Essa organização, no entanto, não conseguiu alcançar o seu objetivo, em razão da pouca flexibilidade do Tratado de Montevideu, da falta de adesão do setor privado, da instabilidade política vivenciada pelos Estados naquele momento e caracterizada pelo autoritarismo político emergente em quase toda a América Latina, bem como devido à falta de dinamismo em razão do grande número de associados e das diferenças estruturais dos mesmos.²⁰⁴

Superado o fracasso da ALALC, criou-se a ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), através da assinatura do Tratado de Montevideu, em 12.08.1980, pela Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, com o objetivo de definir novas diretrizes de orientação do processo de integração dos referidos países.²⁰⁵

Souza Luiz assere que embora a ALADI tenha proporcionado novas perspectivas integracionais no âmbito da América Latina, seus objetivos foram atropelados pelas fortes modificações ocorridas na conjuntura da economia internacional, no final da década de setenta, somadas às fortes conseqüências negativas advindas da crise do petróleo, que desencadeou um período de recessão econômica, com elevação das taxas de juros internacionais e a dificuldade de acesso às opções externas de financiamento, por parte dos países em desenvolvimento.²⁰⁶

Além do que, a forte crise de balanço de pagamentos, as altas taxas de juros e a retração do mercado internacional ocasionaram “uma escala de protecionismo” entre as

²⁰³ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 29-30.

²⁰⁴ KUNZLER, Jacob Paulo. **Mercosul e comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1999. p. 84.

²⁰⁵ MACHADO, João Bosco M. **Mercosul: processo de integração – origem, evolução e crise**. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 62.

²⁰⁶ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 32.

relações comerciais dos países da ALADI, mitigando seus objetivos de integração originários.²⁰⁷

Os antecedentes recentes do Mercosul estão relacionados, em grande parte, com as relações comerciais mantidas entre Brasil e Argentina, que ficaram um tanto estremecidas a partir de discussões diplomáticas relativas à utilização dos recursos hídricos das bacias dos rios Paraná-Paraguai, “originadas pelas tratativas de construção da Itaipu Binacional através do Tratado Bilateral Brasil-Paraguai de 1975”. Nesse cenário, a assinatura do Acordo Triparte entre a Argentina, Brasil e Paraguai, em 1979, estabilizou as relações, permitindo a compatibilização das cotas das usinas hidrelétricas de Itaipu e Corpus, e, em consequência, uma maior aproximação diplomática entre os referidos países.²⁰⁸

Na década de oitenta, a América Latina vivenciou um verdadeiro processo de redemocratização, bem como a abertura mundial das fronteiras econômicas; de sorte que, diante desse novo cenário econômico mundial, Brasil e Argentina passaram a estreitar suas relações. Nesse âmbito, o início do verdadeiro processo de aproximação entre esses dois países se deu em 1985, quando Brasil e Argentina assinaram a Declaração Conjunta sobre Política Nuclear, no intuito de maximizar a cooperação nesse setor.

Em 1986, Brasil e Argentina assinaram doze protocolos de cooperação, bem como a Ata para a Integração Brasil-Argentina, também chamada de Ata de Buenos Aires, na qual foi instituído o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE), com o objetivo de “propiciar um espaço econômico comum, com a abertura seletiva dos respectivos mercados e estímulo à complementação de setores específicos da economia dos dois países”.²⁰⁹

Posteriormente, Brasil e Argentina assinaram o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (TICD), que preconizava, em um primeiro momento, a liberação do intercâmbio comercial entre aqueles dois países e a harmonização das políticas aduaneira, comercial, agrícola, industrial, de transportes e comunicações e, numa segunda etapa, a harmonização das demais políticas necessárias à formação do mercado comum. Nesse sentido, iniciativas de coordenação das políticas fiscal, monetária e cambial previstas no tratado deveriam propiciar o aprofundamento da integração comercial e produtiva entre Brasil

²⁰⁷ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 33.

²⁰⁸ Ibidem, p. 33.

²⁰⁹ DRUMOND, Maria Cláudia e; MARQUES, Renato. **Mercosul: introdução e desenvolvimento**. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 16.

e Argentina; conjuntamente com a assinatura de protocolos específicos nas áreas do trigo, de alimentos, de bens de capital, biotecnologia, automobilística etc.²¹⁰

Sob este contexto e objetivando antecipar a formação de um mercado comum entre Brasil e Argentina, esses dois países assinaram, em 1990, a Ata de Buenos Aires, que estabeleceu a criação do referido mercado pelo prazo de quatro anos e meio e que traçava um programa de reduções tarifárias generalizadas, lineares e automáticas e de eliminação de barreiras não tarifárias.²¹¹

Também no ano de 1990, Brasil e Argentina assinaram no âmbito da ALADI o Acordo de Complementação Econômica (ACE – 14), no intuito de consolidar o programa de integração comercial previsto na Ata de Buenos Aires; de sorte que em 26.03.1991, em Assunção, no Paraguai, os governos da Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai assinaram o Tratado de Assunção, que constituiu o Mercado Comum do Sul – Mercosul entre os países signatários e teve como fonte inspiradora as normas instituidoras do GATT, do Tratado de Roma e do Tratado de Montevideu, de 1980, sendo considerado um Tratado misto, na medida em que a adesão de novos membros ficou vinculada à manifestação favorável dos Estados-partes dele participantes; entrando em vigor em novembro de 1991.²¹²

Segundo Basso, o Tratado de Assunção, aberto à adesão de qualquer outro Estado membro da ALADI, representa um “passo inovador no processo de cooperação e integração latino-americana e insere-se, perfeitamente, dentro da realidade atual de formação de blocos econômicos entre países de uma mesma sub-região que buscam uma melhor posição no comércio mundial”.²¹³

O Tratado de Assunção figura, em verdade, como um tratado fundacional através do qual Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai manifestaram a intenção de constituir no futuro um “mercado comum”, denominado “Mercado Comum do Sul” – Mercosul e determinaram a data de 31 de dezembro de 1994 para então decidirem acerca da estruturação do Mercosul, suas atribuições e o sistema de tomada de decisões.

²¹⁰ MACHADO, João Bosco M. **Mercosul**: processo de integração – origem, evolução e crise. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 66-67.

²¹¹ Ibidem, p. 66-67.

²¹² MACHADO, João Bosco M. **Mercosul**: processo de integração – origem, evolução e crise. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 66-67.

²¹³ BASSO, Maristela (org.). **Mercosul** – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

Em 17 de dezembro de 1994, aqueles quatro países celebram o Protocolo de Ouro Preto, considerado documento adicional ao Tratado de Assunção e cuja grande inovação reside no fato de ter conferido ao Mercosul personalidade jurídica internacional. O Protocolo de Ouro Preto consolidou os órgãos já existentes no âmbito do Mercosul (Conselho do Mercado Comum e Grupo do Mercado Comum, instituídos no intuito de consolidar os objetivos traçados pelo Tratado de Assunção) e acrescentou à sua estrutura os seguintes órgãos: a Comissão de Comércio, a Comissão Parlamentar Conjunta e o Foro Consultivo Econômico e Social. Quanto à Secretaria do Mercosul, esta já existia, mas a partir do Protocolo passou a ter sede definitiva em Montevideu.²¹⁴

O objetivo do Tratado de Assunção e do Protocolo de Ouro Preto não é o de constituir uma mera cooperação “econômica” entre os Estados signatários, mas o de estabelecer uma verdadeira “integração” entre os mesmos, caracterizada pela livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais (efeitos econômicos) e pela alteração da estrutura jurídica interna e tradicional dos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes (efeitos jurídicos) a partir da formação de um direito comunitário.²¹⁵

Muito embora sejam esses os objetivos, o estágio atual do Mercosul se coaduna com o de uma união aduaneira, com o objetivo, claro, de se chegar a um mercado comum e, finalmente à constituição de uma verdadeira comunidade, nos moldes da União Européia.²¹⁶ É importante salientar que a Venezuela passou a fazer parte do Mercosul em julho de 2006, depois de atender a algumas exigências, como, por exemplo, a adoção da TEC – Tarifa Externa Comum; sendo que Chile, Equador, Peru, Colômbia e Bolívia participam, até o momento, como países associados ao Mercosul; mas poderão vir a integrar esse “bloco econômico”.

2.2.1.2 O Mercosul como União Aduaneira

Segundo Baptista, os processos pacíficos de integração regional geralmente seguem algumas etapas até se consolidarem de forma plena, passando primeiramente pela formação de uma zona de livre comércio, evoluindo então para uma união aduaneira e depois para um

²¹⁴ BASSO, Maristela (org.). **Mercosul** – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 18.

²¹⁵ Tratado de Assunção. Artigos 1º e 5º.

²¹⁶ DRUMOND, Maria Cláudia e; MARQUES, Renato. **Mercosul**: introdução e desenvolvimento. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 18.

mercado comum para enfim desembocar na estruturação de uma verdadeira comunidade regional.²¹⁷

A zona de livre comércio se caracteriza pela livre circulação de mercadorias sem barreiras ou restrições quantitativas ou aduaneiras entre os Estados signatários do Tratado que a constitui, mas não retira a liberdade dos mesmos de promover relações, inclusive em matéria de importação e exportação, com países outros, não signatários do referido Tratado.²¹⁸

Já a União Aduaneira configura-se como um passo além da zona de livre comércio, na medida em que conjuga a livre circulação de mercadorias com a adoção de uma tarifa aduaneira comum, que permite a livre circulação dos produtos no seu interior, onde recebem proteção pela via de uma tarifa única e pela dimensão do mercado abrangido; podendo evoluir para outras liberdades, como a de circulação de pessoas, serviços e capitais.

O Mercado Comum, por sua vez, ultrapassa e contém a união aduaneira, acrescentando-lhe a livre circulação de capital e trabalho, de modo a permitir o livre estabelecimento e a livre prestação de serviços pelos profissionais. Na visão de Luis Olavo Baptista, o Mercado Comum se caracteriza pela garantia de cinco liberdades, aliadas à coordenação e unificação das políticas nacionais e, em certa medida, das respectivas legislações; enfocando que, dentre as liberdades que caracterizam um Mercado Comum

a primeira é a livre circulação das mercadorias que faz com que dentro das fronteiras de um Estado, as mercadorias possam circular sem que tenham de atravessar barreiras alfandegárias; a segunda é a liberdade de estabelecimento, que faculta ao empreendedor instalar-se onde quer que deseje, no interior do Estado, quer para a produção, quer para a armazenagem, quer para a venda dos seus produtos; com evidentemente a produção exige trabalho, impõe-se que ocorra a livre circulação dos trabalhadores dentro dos limites do Estado; é esta a terceira liberdade; outro componente da atividade empresarial, o capital, deve circular livremente, ou seja, deve ocorrer a possibilidade de o investigador colocar o capital onde o interesse do produtor, do empresário, o dirija. É a quarta liberdade, a de circulação dos capitais; finalmente, a quinta é a liberdade da concorrência, que submete todos os produtores desse país às mesmas regras de natureza econômica, administrativa, fiscal, política e social, isto é, todos se sujeitam a uma disciplina jurídica e a encargos idênticos que vão incidir da mesma maneira nos produtos de sua empresa.²¹⁹

O estágio mais forte de integração dos Estados está explicitado, na atualidade, pela Comunidade Européia, que pressupõe não apenas as liberdades inerentes ao mercado comum,

²¹⁷ BAPTISTA, Luis Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (org.). **Mercosul**: das negociações à implantação. São Paulo: LTR, 1998. p. 22.

²¹⁸ Ibidem, p. 23.

²¹⁹ BAPTISTA, Luis Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (org.). **Mercosul**: das negociações à implantação. São Paulo: LTR, 1998. p. 23.

propiciando, ainda, a formação de um direito comunitário, a adoção de uma moeda única, bem como a instituição de tribunais internacionais voltados à aplicação desse direito comunitário.²²⁰

No que se refere especificamente ao Mercosul, como já salientado em linhas anteriores, assume aquele, hoje, o caráter de União Aduaneira, embora seu fim último seja constituir-se um verdadeiro Mercado Comum, segundo os objetivos estabelecidos no tratado de Assunção, por meio do qual o bloco foi fundado, em 1991.²²¹

Com efeito, o Artigo 1º do Tratado de Assunção determina que o Mercosul implica

a circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes; o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

No Mercosul, ainda subsistem, no comércio entre os Estados-partes, restrições não tarifárias e outras, assim como medidas de efeito equivalente, de sorte que a tarifa externa comum não se aplica à totalidade de produtos importados de terceiros países. Contudo, não se passou ainda da livre circulação de mercadorias, para a qual muito contribui a adoção parcial da tarifa externa comum.²²²

É certo que o Mercosul e seus países associados já vivenciam a livre circulação de pessoas, autorizada pela Decisão CMC n. 18/08 – “Acordo sobre documentos de viagem dos Estados-partes do Mercosul e Estados Associados”, vigente a partir da assinatura, que ampliou os direitos previstos na Resolução GMC n. 76/95. Além do que, o “Acordo sobre Residência para Estados do Mercosul, Bolívia e Chile”, de 6 de dezembro de 2002, confere o direito à residência e ao trabalho para os cidadão de todos os Estados-partes, adotando como único requisito para tanto o da nacionalidade; sendo mister salientar que o referido acordo só

²²⁰ VENTURA, Deisy. **As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia**: os desafios de uma associação inter-regional. São Paulo: Manole, 2003. p. 129.

²²¹ Informação disponível em: <http://www.mercosul.gov.br/perguntas-mais-frequentes-sobre-integracao-regional-e-mercopol-1/sobre-integracao-regional-e-mercopol/>. Acesso em 2 de setembro de 2008.

²²² CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional – a questão da soberania. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul**: integração regional e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

se encontra em vigor para o Brasil, Argentina e Uruguai, até o momento.²²³ Mas não se pode enquadrá-lo como um Mercado Comum, na medida em que a livre circulação de mercadorias e do trabalho ainda não estão de todo consolidadas, não havendo que se falar também em liberdade de capital, estabelecimento e de concorrência no seio desse bloco econômico.

Desse modo, espera-se que o Mercosul continue seu processo de evolução contínua através das medidas de fortalecimento da integração regional, no intuito de se tornar mais até do que um mercado comum, ou seja, uma verdadeira comunidade internacional, nos moldes da União Européia, capaz de conferir repercussão internacional aos interesses comuns de seus Estados membros.

2.2.1.3 Estrutura e órgãos do Mercosul

Originalmente, a estrutura institucional do Mercosul foi integrada dos seguintes órgãos: Conselho do Mercado Comum (CMC), considerado como órgão político máximo, composto pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia ou Fazenda, e responsável pela condução da política do processo de integração; o Grupo Mercado Comum (GMC), órgão de caráter executivo voltado à discussão dos principais temas do projeto integracionista; os Subgrupos de Trabalho, vinculados ao GMC e responsáveis pela análise técnica dos temas pertinentes àquele; e as Reuniões de Ministros e Reuniões Especializadas, voltadas ao desenvolvimento de iniciativas integracionistas fora do âmbito econômico-comercial, enfocando questões voltadas ao meio ambiente, tecnologia, educação, cultura etc.²²⁴

Com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, uma nova estrutura foi idealizada para o funcionamento do Mercosul, sendo este integrado pelos seguintes órgãos: Conselho do Mercosul Comum (CMC), Grupo Mercado Comum (GMC), Comissão de Comércio (CCM), Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), o Fórum Consultivo Econômico e Social (FCES), Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM); que confirmam a opção por uma estrutura orgânica do tipo intergovernamental, destacando-se, portanto, “o chamado ‘salto supranacional’ desejado por alguns teóricos”.²²⁵

O Conselho do Mercado Comum é composto pelos Ministros das Relações Exteriores, da Economia ou Fazenda dos Estados membros e é o responsável superior pela coordenação

²²³ Dados disponíveis em: <http://www.mercosul.gov.br/perguntas-mais-frequentes-sobre-integracao-regional-e-mercado-comum-1/sobre-integracao-regional-e-mercado-comum/>. Acesso em 2 de setembro de 2008.

²²⁴ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 67-68.

²²⁵ ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Mercosul: fundamentos e perspectivas**. São Paulo: LTR, 1988. p. 54.

de todo o processo integracionista, de modo a garantir o devido impulso político por ele requerido, bem como o cumprimento dos objetivos e prazos enunciados no Tratado de Assunção, com vistas a alcançar a constituição de um Mercado Comum. As manifestações formais do CMC são tidas como decisões obrigatórias a todos os Estados partes e a presidência do CMC, a qual corresponde a presidência *pro tempore* do Mercosul, é exercida por rotação dos Estados membros, por ordem alfabética e pelo lapso de três meses.²²⁶

Ao Conselho de Mercado Comum compete zelar pelo cumprimento do Tratado de Assunção e demais instrumentos internacionais firmados no âmbito do Mercosul, traçar políticas e promover as ações necessárias no intuito de estreitar os vínculos em prol da formação de um Mercado Comum, exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul, de modo a negociar e firmar acordos em nome dele no cenário internacional, manifestar-se sobre as propostas levadas pelo Grupo de Mercado Comum, adotar decisões em matéria financeira e orçamentária, dentre outras competências.²²⁷

É importante salientar que o sistema de tomada de decisões do Mercosul se funda no princípio do consenso, no qual, embora não se exija a unanimidade, ou seja, que todos os Estados-partes votem favoravelmente à decisão, preserva-se ao Estado-parte o direito de vetar a adoção de uma decisão, de sorte que o voto de cada Estado membro tem o mesmo peso relativamente ao resultado final da votação.²²⁸

O Grupo Mercado Comum (GMC), por sua vez, constitui-se como órgão executivo responsável pela implementação dos objetivos a serem alcançados pelo Mercosul e pela supervisão do seu efetivo funcionamento, podendo delegar poderes de forma parcial aos Subgrupos de trabalho. O GMC é composto de dezesseis membros designados pelos Estados partes e reúne-se, em média, a cada três meses; sendo de natureza intergovernamental e estando subordinado ao CMC.²²⁹

Já a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) é o órgão responsável por auxiliar o Grupo Mercado Comum, cabendo-lhe zelar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum firmados no âmbito do Mercosul e voltados ao funcionamento deste; bem

²²⁶ SANTOS, Ricardo Soares Sterzi dos. **Mercosul e arbitragem internacional comercial**. Belo Horizonte: Del Rey: 1997. p. 83.

²²⁷ Protocolo de Ouro Preto. Artigo 8º.

²²⁸ SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Constituição brasileira e tribunal de justiça do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 173-174.

²²⁹ BAPTISTA, Luis Olavo. **O Mercosul, suas instituições e o ordenamento jurídico**. São Paulo: LTR, 1998. p. 130.

como revisar e acompanhar os temas e matérias relacionados com o comércio intra-Mercosul e com terceiros Estados. A referida Comissão também é de natureza intergovernamental, apresentando uma composição quadripartite e sendo assessorada por dez Comitês Técnicos dedicados a assuntos aduaneiros, defesa do consumidor, defesa da concorrência, setor automobilístico e setor têxtil.²³⁰

A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM) tem suas atribuições estipuladas pelos Artigos 31 a 33 do Protocolo de Ouro Preto, estando situada em Montevideu – Uruguai. Sua chefia é exercida por um diretor eleito pelo Grupo Mercado Comum e designado pelo Conselho do Mercado Comum, com prévia consulta aos Estados partes, e que exerce mandato de dois anos, vedada a recondução; de modo que compete à Secretaria servir como arquivo oficial da documentação do Mercosul, publicar as decisões proferidas no âmbito daquele, organizar a logística das reuniões, promover a difusão de informações relativas às medidas implementadas por cada Estado parte no intuito de efetivar as normas emanadas dos órgãos do Mercosul, registrar as listas nacionais dos árbitros e especialistas, dentre outras tarefas.²³¹

Ainda no que se refere à estrutura orgânica do Mercosul, conta este com uma Comissão Parlamentar Conjunta, que figura como órgão representativo dos Parlamantos dos Estados partes, exercendo a função de coadjuvante no processo de harmonização das legislações desses países, através de recomendações ao Conselho do mercado Comum (CMC) por intermédio do Grupo Mercado Comum (GMC). A Comissão é composta por dezesseis parlamentares representantes de cada Estado membro do Mercosul; cabendo-lhe, dentre outras, a função de executar estudos voltados à adequação das ordens jurídicas internas aos instrumentos jurídicos adotados pelo Mercosul, promover o relacionamento com o setor privado e enviar recomendações relativas ao processo de integração.²³²

O Mercosul também é composto por órgãos auxiliares, como o Foro Consultivo Econômico e Social (FECS) e os Subgrupos de Trabalho (SGT). O Foro Consultivo Econômico e Social, constituído por representações dos setores econômicos e sociais, exerce função consultiva, em razão da qual emite recomendações ao Grupo Mercado Comum, sem caráter vinculativo, acerca de matérias pertinentes aos setores econômicos e sociais, no intuito

²³⁰ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 78-79.

²³¹ Protocolo de Ouro Preto. Artigo 22.

²³² LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 87-88.

de conferir uma sustentação integracionista de caráter político e social, que figura como requisito primordial para a consolidação do projeto do Mercado Comum do Sul.²³³

No que se refere aos subgrupos de trabalho do Mercosul, previstos na Resolução 20/95 – Assunção, de 03.08.1995 e expedida pelo Grupo Mercado Comum, desempenham aqueles a função de focar os assuntos que figuram como condições necessárias à consecução de um Mercado Comum, como as questões relativas a transporte, meio ambiente, indústria, agricultura, energia e mineração, relações laborais, emprego e seguridade social, saúde, investimentos, comércio eletrônico e acompanhamento da conjuntura econômica e social.²³⁴

O Mercosul conta ainda com outros órgãos, chamados temáticos, dentre os quais figuram: as Reuniões de Ministros, as Reuniões Especializadas, os Grupos *Ad Hoc* e o Comitê de Cooperação Técnica. Para a solução de controvérsias no âmbito do bloco, o Tratado de Assunção, inicialmente, previa um sistema simplificado, caracterizado basicamente por negociações intergovernamentais diretas; comprometendo-se os Estados-partes a adotarem um sistema definitivo. Por esse sistema, em caso de não obtenção de uma solução direta entre os Estados-partes, deveriam estes submeter a controvérsia à consideração do Grupo Mercado Comum que, após avaliar a situação, deveria formular, no lapso de 60 dias, as recomendações pertinentes às partes, sendo que a questão poderia ainda ser levada ao Conselho do Mercado Comum, caso não fosse dirimida pelo Grupo Mercado Comum.²³⁵

A adoção do Protocolo de Brasília, em 17 de novembro de 1991, constituiu o início formal de um esquema processual simples dominado por Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*. Já no ano de 2002, com o advento do Protocolo de Olivos, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul vivenciou uma mudança estrutural, caracterizada pela criação de uma instância permanente de atuação e com reuniões ante uma convocatória concreta.

Trata-se do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, que atua não só como Tribunal revisional, voltado à verificação de questões já submetidas aos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*, mas como verdadeiro tribunal ordinário, na medida em que os Estados-partes na

²³³ CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **MERCOSUL, NAFTA E ALCA: a dimensão social**. São Paulo: LTR, 1999. p. 84.

²³⁴ LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002. p. 91-92.

²³⁵ Segundo Nádia de Araújo, o Protocolo estabelece dois sistemas de solução de controvérsias: o primeiro entre os Estados, e o segundo, a partir de seu Artigo 25, regula também as reclamações dos particulares. No entanto, antes de recorrer ao sistema, devem os particulares formalizar a reclamação junto à Seção Nacional do grupo mercado Comum. (ARAÚJO, Nádia de. Solução de Controvérsias no Mercosul. p. 111-114. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

controvérsia poderão decidir por submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências de um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.²³⁶ O Artigo 3º do Protocolo de Olivos também prevê a competência consultiva do Tribunal Permanente de Revisão relativamente à interpretação e aplicação das normas do Mercosul.

2.2.2 Dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotados pelo Mercosul

Este item trata dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos sociais adotados no âmbito do Mercosul, muito embora não se possa falar ainda uma preocupação consolidada, por parte desse bloco, com a efetividade dos direitos humanos sociais.

2.2.2.1 O espaço regional/comunitário como âmbito de conjugação e materialização da proteção dos direitos humanos

A consecução de um Mercado Comum está intrinsecamente relacionada com a proteção e efetividade dos direitos humanos. Isso porque, se, por um lado, o processo de cooperação e verdadeira integração entre Estados exige dos mesmos a garantia de liberdades, garantias individuais e condições mínimas de subsistência digna e trabalho à sua população, sem as quais a busca pelo desenvolvimento econômico a partir da regionalização perde o seu sentido; por outro, a integração entre os Estados figura como um forte instrumento de efetivação dos direitos humanos no plano internacional, na medida em que garante ao indivíduo uma proteção além dos limites jurisdicionais do seu país, tutelando-o, inclusive, contra as ações e omissões praticadas por este.

Nesse sentido, a proteção dos direitos humanos é pressuposto para a consolidação do processo de integração entre os Estados membros do Mercosul, já que não há como se falar em liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, serviços, capitais e trabalho, sem ter em vista os direitos humanos pertinentes a cada um desses aspectos, bem como a forma como esses direitos são tutelados e efetivados por cada um dos Estados membros que busca o fortalecimento de seu processo de integração.

Também não se pode tomar o Mercado Comum como um instrumento meramente econômico e político, voltado apenas a proporcionar desenvolvimento econômico e inclusão no processo de globalização dos seus Estados membros. Não que esses objetivos não sejam

²³⁶ MERCOSUL. Protocolo de Olivos. Artigo 23.

importantes; muito pelo contrário, são essenciais e iminentes à idéia de integração, mas essa integração deve ser tomada, em última análise, como verdadeiro instrumento de proteção da pessoa humana, isto é, como forma de subvencionar uma proteção internacional dos direitos humanos que supere as jurisdições domésticas e seja capaz de maximizar o processo de melhoria das condições de vida no âmbito territorial ao qual se refere.

Com efeito, na atualidade, a proteção dos direitos humanos foi elevada à categoria de prioridade dentre os objetivos perseguidos pela comunidade internacional, figurando, nesse cenário, o espaço regional/comunitário como âmbito de conjugação e materialização das práticas e conteúdos da cidadania, da democracia e, comumente, dos direitos humanos.

Um reforço da idéia de direitos humanos como elemento integrativo entre os Estados pode ser tomado a partir da experiência vivenciada pela Comunidade Européia. Nesse sentido, embora o Tratado de Roma, de 1957 e que conferiu as bases para a construção do Mercado Comum Europeu, não tenha feito menção específica aos direitos humanos, estabeleceu, como fim a ser alcançado pela organização, “o aumento acelerado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram”, além de vedar a discriminação em razão da nacionalidade.²³⁷ Não se podendo esquecer também que, desde 1949, o Conselho da Europa já havia adotado a Convenção Européia de Direitos Humanos, comprometendo-se, desde o início, com a questão dos direitos humanos em um contexto de integração.²³⁸

Nas palavras de Lorenzetti, percebia-se que “com a criação de um Mercado Comum, no qual haverá liberdade de circulação de trabalhadores, produtos, serviços e capital, diferentes níveis de proteção dos direitos humanos nos Estados-membros poderia gerar distorções no contexto integrativo”; fazendo-se necessária, pois, a inclusão da questão dos direitos humanos no âmbito do processo de integração; o que veio a ocorrer com o Tratado da União Européia.²³⁹

Percebe-se, pois, que os direitos humanos exercem impacto sobre o processo de integração, de sorte que os “cidadãos” do Mercosul, tidos como trabalhadores que poderão circular livremente no Mercado Comum, serão afetados diretamente pela discrepância entre os Estados-membros quanto aos níveis de proteção dos direitos humanos, comumente, dos sociais. Além do que as pessoas jurídicas também aparecem como beneficiárias pelas normas

²³⁷ Tratado de Roma. Artigo 2º e 7º; antes das modificações realizadas pelo tratado da União Européia.

²³⁸ MARQUES, Eduardo Lorenzetti. Direitos Humanos no Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 535-536.

²³⁹ Ibidem, p. 537-538.

relativas aos direitos humanos, na medida em que a forma de prestação de determinado serviço depende, muitas vezes, do grau de tutela conferido pela norma jurídica.

Desse modo, o surgimento de um verdadeiro espaço comunitário requer a garantia de um mesmo nível de proteção dos direitos humanos, “sob pena de se produzir desigualdade de condições para o investimento e para o desenvolvimento de atividades econômicas”.²⁴⁰

Também se coloca aqui a questão da supranacionalidade, pois se o Mercosul pretende, realmente, ultrapassar as linhas de União Aduaneira e lograr-se como um Mercado Comum, nos moldes europeus, deverá desenvolver órgãos supranacionais e um direito comunitário diretamente aplicável, ou seja, normas diretamente aplicáveis e hierarquicamente superiores ao direito nacional e uma corte supranacional voltada a uniformizar a interpretação, bem como a reduzi, ao máximo possível, as discrepâncias existentes em termos de efetivação dos direitos humanos.²⁴¹

O Mercosul não pode ser tomado como experiência de integração meramente econômica, desconectada da problemática de proteção dos direitos humanos, já que a proteção dos direitos humanos insere-se como pressuposto à integração mais ampla e profunda entre os países do Mercosul.

É certo que a constituição do Mercosul teve por foco inicial o fortalecimento econômico dos Estados-membros (motivação de caráter econômico), bem como a manutenção dos regimes democráticos por estes adotados. A dimensão internacional que os direitos humanos adquiriram na atualidade não permite, contudo, que um bloco econômico que almeje a formação de um Mercado Comum prescindir de uma real preocupação direcionada para a proteção dos direitos humanos.²⁴²

Segundo Carvalho Ramos, a efetividade dos direitos humanos esbarra na incapacidade de alguns Estados latino-americanos de fazer com que se cumpra o disposto nas leis; de sorte que a integração pretendida através do Mercosul pode possibilitar o auxílio mútuo dos Estados no tocante à administração da tutela dos direitos humanos, viabilizando, inclusive,

²⁴⁰ MARQUES, Eduardo Lorenzetti. Direitos Humanos no Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 539.

²⁴¹ Ibidem, p. 540.

²⁴² RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. p. 883-885. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

uma maior fiscalização internacional em torno das ações efetivadas por cada um dos Estados-partes.²⁴³

2.2.2.2 Dos instrumentos de proteção dos direitos humanos adotados no âmbito do Mercosul

O preâmbulo do Tratado de Assunção, ao enunciar que os Estados partes, consideram que “a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social”, reconhece que o desenvolvimento econômico gerado pelo processo de integração está intrinsecamente relacionado à tutela dos direitos humanos, ou seja, ao melhoramento das condições de vida das respectivas populações.

Ocorre, no entanto, que poucos são os instrumentos internacionais até então adotados no âmbito do Mercosul em termos de tutela dos direitos humanos. É certo que os países membros do Mercosul – Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela - estão imersos no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, bem como no Sistema Interamericano de tutela desses direitos. Mas isso não retira, contudo, a necessidade de enfoque dos direitos humanos por parte do Mercosul, já que este representaria um instrumento mais próximo de efetivação dos direitos humanos para com a população de seus Estados membros.

O Mercosul ainda não adotou nenhuma Declaração específica de proteção dos direitos humanos nem conta com um Tribunal de Justiça voltado à tutela desses direitos. Em termos de tutela dos direitos humanos sociais, como já delineado em linhas anteriores, o Tratado de Assunção só previu normas orgânicas e econômicas, não tratando especificamente das questões sociais. Após algumas iniciativas, o Grupo Mercado Comum (GMC) assumiu a análise social da integração, determinando ao Subgrupo SGT 10 que se aprofundasse na discussão do tema.²⁴⁴

O Subgrupo SGT 10 sugeriu, então, um sistema de relações laborais do Mercosul, que absorvia os princípios firmados pela OIT e criava um órgão tripartite de fiscalização, prevendo-se sua implantação gradativa. Essas linhas gerais culminaram na assinatura, em

²⁴³ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. p. 885. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴⁴ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores mediante a aplicação do Pacto Sociolaboral do Mercosul. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-21, 2004. p. 15.

1998 e no Rio de Janeiro, da Declaração Sociolaboral do Mercosul, entendida como declaração solene dos direitos sociais fundamentais reconhecidos como tais pelo Mercosul.²⁴⁵

Vale salientar que a Declaração Sociolaboral não estabelece uma unificação do Direito do Trabalho, buscando apenas uma harmonização das normas adotadas pelos Estados partes em matéria trabalhista e previdenciária; o que permite a manutenção de certos diferenciais entre as legislações internas dos Estados.²⁴⁶

A Declaração Sociolaboral do Mercosul reafirma o compromisso dos seus Estados-partes para com os tratados que integram o patrimônio jurídico da humanidade, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de Proteção dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem, a Carta Interamericana de Garantias Sociais, a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.²⁴⁷

A referida Declaração reconhece ainda que o respeito irrestrito aos direitos civis e políticos, bem como aos aspectos e efeitos sociais, ou seja, aos direitos econômicos, sociais e culturais, constitui base irrenunciável do projeto de integração; não podendo este ater-se apenas aos aspectos econômicos e comerciais, devendo adotar uma temática social, voltada à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por esse processo de integração e pelo processo de globalização da economia e ao reconhecimento de um patamar mínimo de direito dos trabalhadores no âmbito do Mercosul.²⁴⁸

A Declaração Sociolaboral preconiza os seguintes direitos sociais no âmbito do Mercosul: o direito à não discriminação no trabalho; o direito à promoção da igualdade, que inclui a inserção de pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho, bem como a igualdade de tratamento entre homens e mulheres; os direitos dos trabalhadores migrantes e fronteiriços e o dever dos Estados-partes no sentido de adotar normas e procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira, assim como adotar medidas voltadas a conferir oportunidade de emprego e melhores condições de

²⁴⁵ URIARTE, Oscar Remido. La Declaración Sociolaboral de MERCOSUR y su eficacia jurídica. In: **Reunión técnica internacional de especialistas en Derecho Laboral**: eficacia de la Declaración Sociolaboral de MERCOSUR. Buenos Aires: [s.n], 2002.

²⁴⁶ GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos Direitos Sociais dos Trabalhadores mediante a aplicação do Pacto Sociolaboral do Mercosul. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-21, 2004. p. 15-16.

²⁴⁷ MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Preâmbulo.

²⁴⁸ MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Preâmbulo.

trabalho à população; o direito à eliminação do trabalho forçado; proibição do trabalho perigoso e insalubre a menores de 18 anos e regulamentação e limitação da idade para o labor; o direito do empregador de organizar e dirigir técnica e economicamente a empresa; o direito às liberdades de associação profissional e sindical; o direito de greve.²⁴⁹

A Declaração também determina o dever dos Estados-partes de propiciar e desenvolver formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos individuais e coletivos de trabalho, propiciar o diálogo social nos âmbitos nacional e regional, fomentar o emprego, instituir mecanismos de proteção contra o desemprego, a fim de garantir a subsistência dos trabalhadores afetados pela desocupação involuntária e, a ao mesmo tempo, promover programas de requalificação profissional e desenvolver serviços de formação e orientação profissional contínua e permanente.²⁵⁰

Além do que, a referida Carta Sociolaboral também preconiza o direito do trabalhador no que concerne à saúde, segurança e medicina no trabalho e à seguridade social; estabelecendo o dever dos Estados-partes de elaborar, por intermédio de seus respectivos Ministérios do trabalho e mediante a participação das organizações representativas de classe memórias anuais contendo as alterações legislativas e os mecanismos implementados no intuito de efetivar os direitos sociais transcritos na Declaração Sociolaboral.²⁵¹

Cabe salientar que a Declaração Sociolaboral do Mercosul recomenda a instituição de uma Comissão Sociolaboral como órgão tripartite e auxiliar do Grupo Mercado Comum, com o objetivo de fomentar e acompanhar a consecução dos direitos nela prescritos, tendo caráter promocional e não sancionador.²⁵² A referida Comissão Sociolaboral do Mercosul foi criada pela Resolução nº 15/99 do Grupo Mercado Comum.

Desse modo, a promoção dos direitos humanos sociais no âmbito do Mercosul fica a cargo da sua Comissão Sociolaboral, e encontra-se sedimentada na Declaração Sociolaboral do Mercosul, que figura, por sua vez, como verdadeiro instrumento de proteção daqueles direitos, muito embora não tenha trazido nenhum instrumento voltado à sua justicialidade no plano internacional.

²⁴⁹ MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Artigos 1º ao 11º.

²⁵⁰ MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Artigos 12º ao 16º.

²⁵¹ MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Artigo 23º.

²⁵² MERCOSUL. Declaração Sociolaboral. Artigo 20º.

Carvalho Ramos aponta dois outros órgãos voltados à consecução dos direitos humanos no Mercosul, a saber: o Foro Consultivo Econômico e Social e a Comissão Parlamentar Conjunta. Isso porque, na visão do referido autor, esses dois órgãos são os que se posicionam de maneira mais próxima das reivindicações da sociedade civil organizada, que, com o necessário reconhecimento, apregoa a necessidade de efetivação dos direitos humanos no âmbito de cada um dos Estados-membros.²⁵³

O Foro Consultivo Econômico e Social (FECS), como já explanado anteriormente, constitui-se por representantes dos setores econômicos e sociais dos Estados partes e exerce função consultiva; emitindo recomendações ao Grupo Mercado Comum, sem caráter vinculativo, acerca de matérias pertinentes aos setores econômicos e sociais, com o objetivo de conferir uma sustentação integracionista de caráter político e social, que figura como requisito primordial para a consolidação do projeto do Mercado Comum do Sul.²⁵⁴

O Foro Consultivo Econômico e Social também exerce importante função no sentido de cooperar ativamente para a promoção do progresso econômico e social do Mercosul, fortificando as bases de criação de um Mercado Comum, a partir da coesão econômica e social dos seus Estados membros.²⁵⁵

No tocante à Comissão Parlamentar Conjunta, o Artigo 25 do protocolo de Ouro Preto lhe confere competência para auxiliar na aprovação de normas internas de cada Estado-parte voltadas a efetivar os objetivos do Mercosul. Entretanto, a prática indica que a referida Comissão poderá “preencher o vazio de representatividade popular existente em um processo de integração capitaneado basicamente pelos Poderes Executivos dos países”.²⁵⁶

Ao preencher esse vazio existente em termos de representatividade, a Comissão Parlamentar Conjunta emite recomendações importantes acerca do tema “direitos humanos”. Exemplo disso é a Recomendação CPC 006/96, que resultou na Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático e na Declaração Presidencial sobre Diálogo Político, firmadas na Argentina em 1996, durante o X Conselho do Mercosul, e que preconizam a manutenção do

²⁵³ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 886-887.

²⁵⁴ CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **MERCOSUL, NAFTA E ALCA: a dimensão social**. São Paulo: LTR, 1999. p. 84.

²⁵⁵ MERCOSUL. Regimento Interno do Foro Consultivo Econômico-Social do Mercosul. Artigo 2º, inciso II.

²⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 887.

regime democrático por cada um dos Estados-partes, sob pena de sua exclusão do processo de integração; bem como da consulta e cooperação política entre aqueles.²⁵⁷

Verifica-se, pois, que o Mercosul vem caminhando cada vez mais em torno da estruturação de um sistema de proteção dos direitos humanos, comumente dos direitos humanos sociais; o que não exclui, no entanto, a necessidade de se aperfeiçoar mecanismos por ele empregados.

²⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 888.

CAPÍTULO 3 – DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

3.1 Delimitação metodológica

É cediço o papel que os tratados de direitos humanos hoje exercem relativamente à consecução da dignidade humana a nível global, regional e nacional. Porém, o exercício desse fim pressupõe que os respectivos Estados-partes desses tratados cumpram com as disposições nele pactuadas, atribuindo efetividade aos direitos e procedimentos nele estabelecidos.

Nesse sentido, o presente capítulo tratará da efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito do Mercosul, ou seja, da adequação das respectivas legislações internas dos Estados-partes do Mercosul, Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai, ao estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e, em especial, na Carta Sociolaboral do Mercosul; no intuito de verificar as medidas constitucionais que tem sido implementadas em prol da proteção dos direitos humanos sociais, que configura um dos compromissos firmados pelos países membros do Mercosul.

Não será abordada a legislação interna da Venezuela, pois embora este Estado figure como membro do Mercosul desde julho de 2006, questiona-se, a partir das alterações legislativas promovidas pelo seu atual governo, a sua caracterização como Estado Democrático de Direito; o que gera entrave na sua configuração como membro efetivo do Mercosul. Quanto ao Chile, Equador, Peru, Colômbia e Bolívia, estes Estados participam, até o momento, como países associados ao Mercosul e não como membros; o que faz com que a análise de sua legislação constitucional interna também não encontre respaldo no presente trabalho.

Desse modo, buscar-se-á tratar, inicialmente, do plano de eficácia e efetividade da norma jurídica internacional, no seu aspecto formal, e não material, ressalte-se; para, a partir dessas bases metodológicas se verificar a adequação entre as legislações constitucionais internas do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotados pelo Mercosul.

3.2 Da eficácia e da efetividade da norma jurídica internacional

3.2.1 Da existência, vigência, validade e eficácia das normas jurídicas

Antes de ser abordada especificamente a efetividade da norma jurídica internacional, faz-se necessária a compreensão dos termos relacionados à existência, vigência e validade das normas jurídicas.

Uma norma nasce no Ordenamento Jurídico com a tipificação normativa de um fato da vida e passa a apresentar caráter compulsório a partir da sua vigência, consistindo esta, pois, na “executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração”.²⁵⁸

Além de existir e ter sua obrigatoriedade reconhecida, a norma jurídica precisa, ainda, ser válida, eficaz e efetiva. A validade da norma jurídica está sedimentada na sua adequação com a base fundante do Ordenamento Jurídico do qual faz parte, ou seja, com a Constituição;²⁵⁹ de modo que a validade nada mais é do que qualidade da lei que se apresenta como regular, isto é, como formal e materialmente adequada aos ditames Constitucionais quando de sua entrada em vigor.²⁶⁰

No que concerne à eficácia e efetividade da norma jurídica, a teoria jurídica tradicionalmente faz a distinção entre a concepção meramente sintática da efetividade, caso em que a doutrina utiliza-se do termo eficácia, a concepção semântica da efetividade e o ângulo pragmático da efetividade. Nesse sentido, a eficácia designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos jurídicos, independentemente desses se realizarem concretamente ou não, enquanto que a concepção semântica da efetividade, também denominada de eficácia social das normas, caracteriza-se quando a norma é cumprida e aplicada concretamente em certo grau, ou seja, quando seus preceitos incidem efetivamente na vida social, fazendo com que esta se amolde a seus preceitos vinculantes.²⁶¹

O ângulo pragmático da efetividade, por sua vez, resulta da combinação das duas posições anteriores, e sedimenta-se na base pela qual “efetiva é a norma cuja adequação do

²⁵⁸ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 108.

²⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 174.

²⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

²⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 118-119.

relato e do cometimento garante a possibilidade de se produzir uma heterologia entre editor e endereçado”.²⁶²

3.2.2 *Da efetividade das normas de direito internacional*

Toda norma jurídica, inclusive a internacional, definidora de direitos humanos fundamentais traz consigo a expectativa de seu próprio cumprimento por parte daqueles que lhe são submetidos; não havendo razão para a negociação, assinatura e ratificação de um tratado de direitos humanos que constitua meras normas programáticas, isto é, não passíveis de exigibilidade no plano internacional e nacional, de modo que a grande maioria dos Tratados e Convenções Internacionais definidores de direitos humanos fundamentais não se limitam a prever os direitos a serem observados, estabelecendo mecanismos de fiscalização de seu cumprimento pelos Estados-partes, tutelando, em última análise, a efetividade dos direitos humanos fundamentais.

Nas palavras de Calsing, “mesmo não sendo um instrumento perfeito, as convenções internacionais constituem o instrumento mais eficiente para a promoção da cooperação interestatal”; de modo que, muito embora o Direito Internacional não seja um sistema perfeito em que os Estados assinam tratados por concordarem com seu texto e estarem dispostos a cumprir integralmente seus dispositivos, isto é, embora seja uma realidade o fato de que os Estados muitas vezes não cumprem os tratados aos quais se vinculam, exercem estes um papel fundamental na proteção dos direitos humanos;²⁶³ o que, por si só, já motiva um trabalho contínuo em prol da obtenção de um grau cada vez maior de efetividade das normas internacionais, comumente das definidoras de direitos humanos sociais.

Quando se fala na efetividade de uma norma de direito internacional, é preciso se ter em mente que essa efetividade não consiste apenas no meio pelo qual os governos implementam os tratados internacionais a partir da edição de leis e decretos no seu âmbito interno, envolvendo também o modo pelo qual são cumpridas as normas implementadas; de sorte que a criação de leis em conformidade com o disposto nos Tratados e Convenções deve

²⁶² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 118-119.

²⁶³ CALSING, Renata de Assis. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental: uma análise da CITES, Convenção da Basiléia e Protocolo de Quioto**. 2007. 293 f. Dissertação. (Mestrado em Direito das Relações Internacionais). Faculdade de Direito. UNICEUB. p. 15.

vir acompanhada de seu indispensável cumprimento, nos moldes da finalidade para a qual foram editadas e apresentadas.²⁶⁴

A efetividade das normas internacionais apresenta um duplo significado. O primeiro relativo às medidas tomadas pelo tratado para tutelar os direitos humanos em causa, que se apresenta, em verdade, como uma construção incerta, e o segundo relacionado à adequação das condutas estatais para com as regras e metas impostas pelas convenções, denotando uma relação da norma para com a norma e exigindo uma mudança no comportamento dos atores a nível nacional, regional e internacional.²⁶⁵

Àqueles dois significados de efetividade, poderia ser acrescentando um outro, relacionado à concretização, no mundo social, dos direitos humanos enunciados nas normas de direito internacional, ou seja, a efetividade material, não reduzida à implementação jurídica e formal dos tratados e convenções, sedimentada através de uma modificação na legislação dos Estados signatários.

Não é intuito deste trabalho tratar da efetividade material dos direitos humanos sociais, muito embora seja certo que não só fatores jurídicos, mas comumente fatores econômicos, políticos, sociais e culturais têm influência direta na concretização dos direitos sociais reconhecidos e tutelados no âmbito dos países membros do Mercosul. Esse enfoque exclusivamente jurídico se dá principalmente pela ausência de evidências objetivas e científicas disponíveis e atualizadas resultante das limitações de estudos e pesquisas.

Para fins da presente dissertação, busca-se privilegiar o estudo dos aspectos jurídicos, e não sociais, da efetividade das normas internacionais de proteção dos direitos humanos sociais adotadas no âmbito do Mercosul, ou seja, a sua efetividade formal e não material. Sendo assim, será considerada a efetividade formal no seu sentido semântico e não apenas sintático, ou seja, o cumprimento do disposto nas normas internacionais, e não a sua mera capacidade de gerar efeitos; buscando-se, ainda, enfocar dois aspectos da efetividade: a adequação dos dispositivos de proteção dos direitos humanos sociais previstos nos tratados adotados no âmbito do Mercosul com a intenção impulsionadora dos mesmos e a adequação

²⁶⁴ WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold k. **Engaging Countries: strengthening compliance with international environments accords**. Cambridge: MIT Press, 2000. p. 1-2.

²⁶⁵ Nesse sentido, vale salientar que embora Maljean-Dubois, ao tratar da efetividade dos tratados, tenha por foco a norma internacional definidora da proteção ambiental, nada obsta que tal raciocínio seja estendido às demais normas de proteção dos direitos humanos. (MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **La mise em Ouvre Du Droit International de l' environnement**. Centre d' études ET Recherches Internationales et Communautaire, Aix-em-Provence (France), Lês Notes de l' Iddri, n° 4, 2002, p. 23).

das legislações internas dos respectivos Estados-partes com as referidas normas internacionais.

Nesse sentido, também se faz necessária a análise dos meios de *enforcement* e *compliance*, ou seja, dos meios jurídicos previstos para se impor as obrigações contidas nas normas internacionais de proteção dos direitos sociais, isto é, dos mecanismos de justicialização dos direitos sociais previstos nos instrumentos adotados ou firmados no âmbito do Mercosul.

3.3 Da Efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos países que integram o Mercosul

3.3.1 Do Constitucionalismo Social no Mercosul

Como visto em linhas anteriores, o surgimento dos direitos humanos sociais foi fruto de um processo de evolução histórica que teve como marco inicial a Revolução Industrial, resultando da incapacidade do Estado abstenetista em garantir direitos como a liberdade e a igualdade jurídica de indivíduos social e economicamente desiguais, vítimas de uma exploração predatória da mão-de-obra advinda da mercantilização do solo, do dinheiro e do trabalho – fatores de produção.²⁶⁶

Os direitos sociais emergiram das reivindicações do movimento proletário inglês que se insurgia, no curso do século XIX, face as péssimas condições de trabalho e miséria na qual viviam as classes trabalhadoras. E diante dos efeitos perversos do *laissez-faire* e da economia de mercado, os Estados se viram compelidos a editar as primeiras leis garantidoras de direitos sociais, principalmente a França e a Inglaterra; operando-se a transformação do Estado *Gendarme*, garantidor da ordem interna e dos direitos reconhecidos aos indivíduos em Estado de bem-estar social, assegurado de condições econômicas, sociais, morais e intelectuais relativas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.²⁶⁷

Nesse sentido, o Constitucionalismo social, caracterizado pela inserção de direitos sociais nas Cartas Políticas dos Estados, teve seu marco inicial em 1917, com a Constituição Mexicana, que passa a conceber o ser humano não apenas como indivíduo, mas como membro da comunidade social e, ao mesmo tempo, detentor de direitos, que lhe assegurem

²⁶⁶ POLANY, Karl. A Grande Transformação: as origens de nossa. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 215.

²⁶⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 8-9.

sua dignidade, e de obrigações, impostas pelo interesse individual e pelas exigências do bem comum.²⁶⁸

Segundo Quintana, no Artigo 123 da Lei Suprema Mexicana repousam os princípios informadores do direito constitucional social, na medida em que consagra uma série de normas básicas para o trabalho, como jornada máxima de oito horas, limitação de jornada noturna ao máximo de sete horas, descanso semanal remunerado, limitação do trabalho dos menores, salário mínimo e outros, além de ser a primeira Constituição a ter reconhecido o direito do trabalhador à greve.²⁶⁹

Muito embora a Constituição mexicana tenha representado o marco inicial da inserção e tutela constitucional dos direitos sociais, a maioria das Constituições da América Latina ainda resistiu um bom tempo antes de adotar o mesmo procedimento, de modo que, no século XX, pouco a pouco os direitos sociais foram sendo inseridos nas Constituições Latino Americanas, como fruto da necessidade de se assegurar um Estado de Direito harmonizado com a justiça social.

Nesse sentido, Badeni assere que o Constitucionalismo social sedimenta-se na integração harmônica dos interesses sociais em função do bem comum, e cuja realização depende da estruturação de uma democracia plena, garantidora da conjugação da liberdade individual com as exigências cotidianas da vida em sociedade.²⁷⁰

Nas palavras de Guétzevich, as Constituições sociais

[...] foram redigidas em uma época em que nenhum partido político poderia desconhecer a questão social. No século XX, o sentido social do direito não é uma doutrina, nem tão pouco uma escola jurídica, é a própria vida. Portanto, não é possível distinguir entre o indivíduo político e o indivíduo social; assistimos a transformação não somente da teoria geral do Estado, senão também da doutrina dos direitos individuais. O Estado não pode limitar-se a reconhecer a independência jurídica do indivíduo, há de criar um mínimo de condições necessárias para assegurar sua independência social.²⁷¹

Com efeito, inicialmente, o Constitucionalismo social fundou-se em fontes normativas resultantes do clamor social, hierarquizou, posteriormente, a legislação social já existente e

²⁶⁸ VIALARD, Antônio Vazquez. **Derecho del trabajo y la seguridad social**. 7 ed. Vol. 1. Buenos Aires: Ástrea, 1996. p. 76-77.

²⁶⁹ QUINTANA, Linares. **Teoria e história constitucional**. Vol. 2. Buenos Aires: Alfa, 1958. p. 233 apud ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 14.

²⁷⁰ BABENI, Gregório. **Derecho constitucional, libertades y garantías**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 342-443.

²⁷¹ GUÉTZEVICH, Boris Mirkine. **Modernas tendencias del derecho constitucional**. Tradução de Sabino Alvarez-Gendín. Madrid: Réus, 1934. p. 37-38.

acolheu os princípios emanados das Declarações e Tratados Internacionais, tendo sido sedimentado com base em diretrizes muito precisas e de maneira quase uniforme no âmbito internacional.²⁷²

De modo que processo de desenvolvimento do Constitucionalismo social no âmbito dos Estados foi diretamente influenciado pelas declarações e normas de direito internacional, comumente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, pela criação do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e pela assinatura da Carta Social Européia em 1961.

Assim, não só os movimentos nacionais e locais, mas também a preocupação da comunidade internacional para com a tutela e concretização dos direitos sociais acabaram por impulsionar o reconhecimento desses direitos como direitos humanos fundamentais nas respectivas Cartas Políticas dos Estados.

As quatro Constituições dos países que integram o Mercosul foram absorvendo, pouco a pouco no século XX, normas de caráter social voltadas à proteção dos trabalhadores, da família, da seguridade social, do acesso de todos à educação e à saúde, à função social da propriedade; de modo que o Uruguai figura como o primeiro Estado-membro a incluir cláusulas sociais na sua Constituição de 1932. Posteriormente, vem o Brasil, com a Constituição de 1934, o Paraguai, com a Constituição de 1940 e a Argentina na reforma de 1949.²⁷³

3.3.2 Do Constitucionalismo Argentino e da recepção dos direitos sociais

3.3.2.1 Antecedentes históricos à reforma constitucional de 1994

Inicialmente, o constitucionalismo argentino estava sedimentado nas chamadas Constituições Provinciais, que desempenharam importante papel no processo de constitucionalização em âmbito nacional, oferecendo sustentação ao regime federal através de suas regulamentações locais e autonomias. No período de 1810 a 1853, as quatorze províncias argentinas, vendo-se livre do jugo colonial, constituíram um ordenamento jurídico prévio à Constituição de 1853, sendo que daquelas, apenas três províncias não possuíam documentos constitucionais (Buenos Aires, Rioja e Mendonça).²⁷⁴

²⁷² ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 18.

²⁷³ Ibidem, p. 19.

²⁷⁴ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 90.

Muito embora tenham sido documentos elaborados a título provisório e sem o necessário rigor metodológico, as Constituições Provinciais refletiram o ideal da nação, sem poder negar a influência herdada do direito hispânico, comumente da Real Ordenança de Independentes.

Em 20 de novembro de 1852, é instalado na cidade de Santa Fé o soberano Congresso Constituinte e dele resulta o projeto constitucional, sedimentado em duas partes: a primeira versando sobre as declarações de direitos e garantias e a segunda tratando da organização do governo federal e dos governos provinciais; sendo que a despeito de grandes debates, em 1º de maio de 1953, o Congresso sancionou a Constituição que ainda hoje rege a Argentina e que foi declarada pelo general Urquiza em 25 de maio do mesmo ano como a Lei Fundamental do Estado da Argentina.²⁷⁵

Seguindo o disposto na Constituição, em 20 de novembro de 1853, foram realizadas eleições pelas quais foi proclamado primeiro Presidente Constitucional o general Justo José de Urquiza e como Vice-Presidente Salvador M. Del Carril, sendo a capital provisória do país instalada na cidade de Paraná.²⁷⁶

Em 1860, a Argentina vivenciou a primeira reforma constitucional, gerada pela constituição de uma Convenção voltada a formalizar a incorporação de Buenos Aires à Confederação Argentina, acordada por ambos os governos através da assinatura do Pacto de São José de Flores, de 11 de novembro de 1959. Este acordo atribuiu à Convenção a faculdade de analisar a Constituição de 1953 e comunicar ao governo o teor das reformas propostas; de modo que, a despeito da própria Carta Constitucional impedir, no Artigo 30, qualquer alteração em seu texto até 10 anos contados da data em que foi jurada pelo povo, foram implementadas reformas em seu texto, não tendo sido cumpridos, pois, os requisitos formais previstos pela própria Carta.²⁷⁷

No intuito de promover as alterações necessárias ao texto constitucional, a Convenção se reuniu em Santa Fé, em 14 de setembro de 1960, realizando quatro sessões preparatórias e quatro ordinárias. Na primeira fase dos trabalhos, foram alterados os Artigos 5º, 15 e 18. No Artigo 5º, foi suprimida a parte que estabelecia a instrução primária gratuita (o que

²⁷⁵ LEVENE, Ricardo; HERAS, Carlos; BENITEZ, J. Pastor. **História das Américas**. Vol. 5. São Paulo: Jackson, 1959. p. 206.

²⁷⁶ Ibidem, p. 206-207.

²⁷⁷ DROMI, Maria Laura San Martino de. **Formación Constitucional Argentina**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 190-191.

representou um retrocesso em termos de proteção social do cidadão) e a submissão das Constituições Provinciais ao exame do Congresso, no intuito de minimizar os gastos, no primeiro caso, e de fortalecer as autonomias provinciais, no segundo.

O artigo 15, que conferia liberdade a todos os escravos que ingressassem em território argentino foi alterado e o Artigo 18, que trazia as execuções a lança e faca, também foi suprimido por prever penas nunca admitidas por lei na Argentina.

Também sofreram emendas, no que concerne à atribuição dos poderes, os Artigos 6º, inciso XI, 83, inciso XXIII, 86 e 87, sendo revogados o Artigo 51 e o inciso XX do Artigo 83 e, no capítulo dedicado às reformas de ordem econômica, a Comissão alterou os Artigos 9º, 12 e 64, incisos I a IX; de modo que também se propuseram reformas relativas às emendas constitucionais (Artigo 30), à reserva de poder das Províncias e à limitação de competência do governo federal (Artigo 101).

Segundo Meira Rosa, a reforma constitucional de 1960 teve como objetivo central promover a reincorporação de Buenos Aires à Confederação Argentina; salientando que em 1866 e 1898 foram promovidas outras reformas constitucionais, com fins diversos, nenhuma, porém, voltada a inserir a proteção dos direitos sociais no texto constitucional, já que se vivenciava ainda o enfoque às Cartas eminentemente liberais.²⁷⁸

No que concerne aos direitos sociais, somente na última década do século XIX que as primeiras leis de conteúdo eminentemente social foram editadas na Argentina, como reflexo dos movimentos operários ocorridos na Europa e trazidos para a América pelos imigrantes. O ciclo de leis sociais foi inaugurado pela Lei das Ferrovias, de 1891, que previa deveres e obrigações recíprocas entre empregados e empregadores nas empresas instaladas no país, criando-se, a partir de então um Conselho encarregado de solucionar os conflitos daí decorrentes. Posteriormente, adveio e prol da tutela social do cidadão o Regulamento Geral das Estadas e ferro, de 1894, a Lei da Polícia Marinha e Fluvial, de 1896, a Lei de Aposentadorias e Pensões Cíveis, de 1904, bem como a edição de leis diretamente vinculadas ao salário, jornada de trabalho, descanso remunerado e acidentes de trabalho no período compreendido entre 1905 e 1943.²⁷⁹

²⁷⁸ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 94-96.

²⁷⁹ Ibidem, p. 95-96.

Como órgão de apoio à implementação dos direitos sociais legalmente instituídos, criou-se a Diretoria nacional do trabalho, em 1907, seguida do departamento Nacional do trabalho, em 1912; de modo que a partir da Revolução de 1943, passou-se a instituir uma ampla legislação voltada às questões sociais, sedimentada em decretos, já que o Congresso Nacional encontrava-se dissolvido. Esses decretos representaram a base de toda a legislação social argentina da época e serviram de base para as legislações desenvolvidas posteriormente.²⁸⁰

Muito embora a Constituição de 1853 e suas reformas operadas em 1860, 1866 e 1898 não tenham consignado nenhuma cláusula especial voltada a tutela dos direitos sociais, a ampla interpretação de suas normas não impediu o desenvolvimento de uma legislação infraconstitucional de caráter social.²⁸¹

Os direitos sociais só foram incluídos no texto constitucional argentino com a reforma de 1949, sendo que a referida reforma introduziu no âmbito da Constituição os direitos do trabalhador, direitos relativos à educação e cultura, direitos relacionados à família e trouxe a disposição pela qual o Congresso Nacional deveria votar pela aprovação de um Código de Direito Social, além da idéia de função social da propriedade.²⁸²

Esse enfoque social resultou do Constitucionalismo social então emergente, caracterizado pela inclusão nas Constituições formais de uma declaração de direitos sociais e econômicos, que abarca a proteção da educação, cultura, família, trabalho, associação profissional ou sindical, da seguridade social, dos direitos da criança e dos idosos, dentre outros e que, ao mesmo tempo, decorre da regulamentação em torno da chamada questão social, que se refere às relações entre capital e trabalho, classes sociais e fatores de produção e trabalhadores, sindicatos e Estado.²⁸³

Comumente, o Constitucionalismo social se configurou como um movimento de busca da estruturação e promoção de uma ordem econômica justa, capaz de permitir o acesso de todos às fontes de trabalho e produção e que teve por objetivo a distribuição equitativa da

²⁸⁰ VIALARD, Antonio Vazquez. **Derecho del trabajo y de la seguridad social**. 7 ed. Vol. 1. Buenos Aires: Ástrea, 1996. p. 86.

²⁸¹ DEVEALI, Mario. **Tratado de derecho del trabajo**. Vol. 1. Buenos Aires: la Ley, 1964. p. 201-203.

²⁸² CABANELLAS, Guillermo. **Tratado del derecho laboral**. Tomo I. Buenos Aires: El Gráfico, 1949. p. 551.

²⁸³ CAMPOS German J. Bidart. **Los Sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Dikson, 1992. p. 186.

riqueza e dos bens de produção e de consumo²⁸⁴; de modo que a reforma promovida em 1949 representou o abandono da orientação econômico liberal, adotada anteriormente, e consagrou aspectos fundamentais do direito individual do trabalho e da seguridade social, embora tenha sido omissa no que concerne ao direito de greve e à autonomia sindical.

A Carta Constitucional Argentina vivenciou, em 1957, nova reforma em seu texto, promovida pelo governo provisional, estabelecido a partir do fim do governo de Juan Domingos Perón gerado pela ascensão do movimento revolucionário de 1955. O governo provisional decidiu, na verdade, proceder ao estudo das reformas constitucionais propostas, de modo a fortalecer ainda mais a proteção do trabalhador através da inserção do Artigo 14 – chamado de 14 novo ou 14 bis, da previsão do direito de greve e de outros direitos sociais, seguindo a linha estabelecida pela Carta Internacional Americana de Garantias Sociais e pela Declaração Universal de Direitos do Homem, ambas de 1948.²⁸⁵

Em 1972, a Argentina encontrava-se governada por militares, que decidiram introduzir emendas à Constituição Nacional, destacando-se nesse período o chamado “Estatuto Fundamental”, que promoveu a reforma dos Artigos 42, 45, 46, 48, 55, 56, 57, inciso VII, 81, 86, incisos XI, XII e LXIII-VII, agregando parágrafos aos Artigos 68, 69, 71, 96 e 105 e decidindo não aplicar provisoriamente a última parte do inciso XVIII do Artigo 67 e os Artigos 82, 83, 84 e 85.²⁸⁶

Embora a reforma de 1972 não tenha incluído nada de novo ao texto constitucional relativamente à tutela dos direitos sociais, Elianne Rosa ensina que foi na vigência do “estatuto Fundamental” que algumas conquistas foram somadas à legislação social trabalhista, como a aprovação da Lei n. 20744/74, que versava sobre o contrato de trabalho.²⁸⁷

3.3.2.2 A reforma constitucional de 1994 e a proteção dos direitos sociais

A última reforma operada no Texto Constitucional Argentino data de 1994 e teve como marco inicial a Lei n. 24.309, fruto do “Pacto de Olivos”. A referida reforma buscou conservar os valores e princípios consagrados na Constituição histórica de 1853-1860, de

²⁸⁴ SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 71.

²⁸⁵ CAMPOS German J. Bidart. **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Dikson, 1992. p. 47.

²⁸⁶ DROMI, Maria Laura San Martino de. **Formación constitucional argentina**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 225.

²⁸⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 104.

modo a permanecerem inalterados os 35 primeiros artigos da Constituição, já que se passou a incluir novos dispositivos só a partir do Artigo 36.²⁸⁸

Com a reforma de 1994, a Constituição Argentina passou a ser estruturada basicamente em duas partes: a primeira, dividida em dois capítulos, o primeiro versando sobre “Declarações, Direitos e Garantias” e o segundo sobre “Novos Direitos e Garantias”; e a segunda parte, versando sobre a estruturação do governo e as autoridades da nação.

No que se refere aos direitos sociais, a reforma constitucional de 1994 manteve inalterados os Artigos 14 e 14 bis, o primeiro versando sobre a liberdade de trabalho e de associação, e o segundo, incluso com a reforma de 1957, garantindo a maioria dos direitos sociais, tanto individuais como coletivos; sendo importante trazer a redação de ambos os Artigos, conforme se segue:

Art. 14. Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos, conforme as leis que regulamentem seu exercício, a saber: de trabalhar e exercer qualquer atividade lícita; de navegar e comercializar; de peticionar às autoridades; de entrar, permanecer, transitar e sair do território argentino; de publicar suas idéias pela imprensa sem censura prévia; de usar e dispor de sua propriedade; de se associar com fins úteis; de professar livremente seus cultos; de ensinar e aprender.

Art. 14 bis. O trabalho em suas diversas formas gozará da proteção das leis, que assegurarão ao trabalhador: condições dignas e equitativas de trabalho; jornada limitada; descanso e férias remuneradas; retribuição justa; salário mínimo; igual remuneração para trabalho igual; participação nos lucros das empresas, com controle da produção e participação na direção; proteção contra a despedida arbitrária; estabilidade ao empregado público; organização sindical livre e democrática, reconhecida pela simples inscrição em registro especial. [...]

Segundo Torres de Carvalho, do teor dos referidos Artigos depreende-se que é diretamente da Constituição que surge a tutela dos direitos sociais, comumente do direito ao trabalho, competindo à legislação infraconstitucional regulamentar os referidos direitos, ocorre, porém, que “não há leis razoáveis e a vigência de leis inconstitucionais frustra e diminui o gozo dos direitos referidos no dispositivo”.²⁸⁹

Nesse sentido, San Vicente asseve que quase todos os direitos sociais enunciados no Artigo 14 bis foram expressados de forma meramente programática, salientando, contudo, que em alguns casos prevalece o entendimento da aplicabilidade imediata ou auto-executoriedade (direitos *self-executing*), como é o caso do dispositivo que trata da estabilidade no emprego,

²⁸⁸ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 105.

²⁸⁹ CARVALHO, Regina Duarte Torres de. A Constituição Argentina. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 73.

bem como que na Argentina, ao contrário do Brasil, não existe a ação de inconstitucionalidade por omissão do trabalhador.²⁹⁰

Meira Rosa²⁹¹ ensina que tanto para a doutrina argentina quanto para a Suprema Corte, embora o Artigo 14 bis consagre amplamente os direitos sociais e a liberdade de trabalhar, ele não lhes confere características de direitos subjetivos, ou seja, de justicialidade, conforme se aúfere da decisão jurisprudencial que se segue:

[...] não existe dúvida alguma de que a Constituição Nacional ampara o direito de exercer livremente a atividade laboral (art. 14), e declara sua proteção de conformidade com as leis que regulamentam seu exercício, as mesmas que devem assegurar as condições enumeradas no art. 14 bis. Contrariamente ao que parece inferir-se do texto inicial, ele não teve, nem houve em qualquer instante da história constitucional argentina, mesmo na vigência do texto de 1949, o sentido de assegurar um direito subjetivo individual e que o Estado tivesse a obrigação de garantir a cada habitante o trabalho por este solicitado [...]. A proteção que é reconhecida consiste em um dever genérico do Estado em promover as condições sociais e econômicas de maneira a proporcionar a toda a sociedade o exercício do direito de trabalhar [...].²⁹²

A Carta Argentina prevê algumas peculiaridades relativas aos direitos sociais, estabelecendo um regime diferenciado quando estatui o descanso semanal de 36 horas (semana inglesa, Artigo 204, LCT) para os empregados urbanos; de modo que o legislador constituinte entende como remuneração justa o salário capaz de satisfazer a subsistência do trabalhador e de seu núcleo familiar e de oferecer as condições mínimas para um convívio digno em sociedade; salário este chamado de mínimo vital e móvel, porque vinculado às mudanças sócio-econômicas vivenciadas pela sociedade e cuja fixação fica a cargo do atual Conselho Nacional de Emprego Produtividade e Salário Mínimo Vital e Móvel, que integra representantes do setor público e do privado.²⁹³

A Constituição Argentina também preconiza a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, porém muito embora esta tenha sido uma das maiores inovações da reforma de 1957, até os dias atuais ainda não foi aprovada lei infraconstitucional regulamentando a matéria. A referida Magna Carta também prevê a estabilidade no serviço público, nos moldes da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de Bogotá, de 1948, bem como a liberdade e pluralidade sindicais e direitos relativos à greve e à negociação

²⁹⁰ SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**, Um estúdio del Derecho Comparado. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1996. p. 97.

²⁹¹ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 107.

²⁹² CSN, in re: “Aranda x Capitanía de los Puertos del Litoral Fluvial s. amparo”, LA Ley, Suplemento de 2-6-93.

²⁹³ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 110.

coletiva e o recurso à conciliação e arbitragem ²⁹⁴, sendo que a doutrina explica que a Constituição, ao se referir aos Grêmios no Artigo 14 bis, seja na acepção de reunião de empregados inseridos no âmbito de uma mesma atividade ou de associação organizada que agrupa trabalhadores afins, indubitavelmente reconheceu o fenômeno sindical.

Da análise dos dispositivos constitucionais argentinos pertinentes aos direitos sociais afere-se que esses direitos foram consagrados sob um aspecto preponderantemente principiológico, ou seja, como normas programáticas, não dotadas de justiciabilidade; o que dificulta a concretização dos referidos direitos, que ficam condicionados à legislação infraconstitucional, que muitas vezes são omissas. Nesse cenário, a falta de regulamentação infraconstitucional dos direitos sociais, somada aos processos inflacionários e aos condicionamentos sócio-econômicos ruins acabaram por diminuir e obstruir a vigência sociológica e o gozo efetivo dos direitos vinculados ao constitucionalismo social. ²⁹⁵

3.3.2.3 Da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico argentino

A Constituição Argentina, em seu Artigo 75, parágrafo 22, determina que os tratados e convenções internacionais aprovados pelo Congresso Nacional têm hierarquia supralegal, ou seja, superior às leis; sendo que a referida Magna Carta eleva à hierarquia de norma constitucional os principais tratados de direitos humanos, a saber: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Proteção dos direitos civis e políticos e seu Protocolo Facultativo; a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção sobre a Tortura e outras Penas Cruéis, desumanas e Degradantes; a Convenção sobre os Direitos da Criança; que devem ser entendidos como normas complementares aos direitos e garantias fundamentais reconhecidos pela Constituição.

Ademais, a referida Constituição ainda preconiza, no mesmo Artigo 75, inciso 22, que os tratados e convenções de direitos humanos que vierem a ser ratificados pela Argentina

²⁹⁴ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 111.

²⁹⁵ CARVALHO, Regina Duarte Torres de. A Constituição Argentina. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 76.

gozarão de hierarquia constitucional, desde que aprovados por um terço dos membros de cada casa do Congresso Nacional.

3.3.3 Do constitucionalismo brasileiro e da recepção dos direitos sociais

3.3.3.1 Antecedentes históricos à Constituição de 1988

Antes da prolação da atual Carta Política, o Brasil perpassou por seis Constituições, constando como a primeira delas a Constituição Imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I após a independência do Brasil. A Carta Imperial adotou a forma monárquica de governo e uma estruturação estatal fundada nos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, sendo exercido este último pelo monarca e com o objetivo de velar pela independência e harmonia dos demais poderes. Ocorre que, uma vez proclamada a República, em 1889, o novo governo editou nova Constituição, em 1891, que sedimentou as bases do governo na forma republicana e no sistema presidencialista.²⁹⁶

Durante o período inaugural do constitucionalismo brasileiro, não se cogitava ainda em se falar de direitos sociais já que a estruturação econômica brasileira sedimentou-se no regime escravocrata até 1888. Salienta-se, contudo, que a Carta Imperial já trazia alguns direitos voltados ao amparo do cidadão e que hoje figuram no rol dos direitos sociais, conforme disposto no seu Artigo 179, que garantia os “socorros públicos” em seu inciso XXXI e a “instrução primária gratuita a todos os cidadãos” em seu inciso XXXIII.²⁹⁷

Sob a égide da Constituição Republicana, algumas legislações infraconstitucionais tiveram por objetivo assegurar alguns direitos sociais, principalmente no que se refere à proteção dos trabalhadores. Nesse sentido, o Decreto 1313/1891 regulamentou o trabalho dos menores de 12 anos, só permitindo aprendizado nas fábricas de tecidos às crianças que contassem com pelo menos 8 anos e o Decreto n. 979, de 1903, garantiu a sindicalização rural, enquanto a Lei n. 1637, de 1905, trouxe a sindicalização para empregados urbanos.²⁹⁸

Embora Leis e Decretos tenham sido editados com certo enfoque social, a primeira Constituição Republicana teve um enfoque eminentemente liberal, até porque a industrialização vivenciada pelo Brasil era ainda considerada incipiente, não havendo um

²⁹⁶ CARVALHO, Regina Duarte Torres de. A Constituição Argentina. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 79.

²⁹⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 125-126.

²⁹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21ª ed. v. 1. São Paulo: LTR, 2004. p. 53.

proletariado organizado capaz de exigir a elevação dos direitos sociais à garantias constitucionais.²⁹⁹

O Constitucionalismo social foi inaugurado no Brasil com a Carta de 1934, que inspirada pelas Constituições do pós-guerra, em especial pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição da República Espanhola de 1931, acabou por incorporar o chamado “sentido social do Direito”, que, nas palavras de Mello Franco, compreende todas as manifestações da “tendência de enquadrar, dentro do molde das normas constitucionais, as mais importantes relações humanas estabelecidas no seio da sociedade”³⁰⁰; de modo que a Constituição tem alargado o seu campo e nele passa-se a introduzir a preocupação com a ordem econômica e social, a família, a educação e a cultura, bem como com a legislação trabalhista e a melhoria das condições de trabalho.

É cediço notar que além de prever uma série de direitos sociais, a Carta de 1934 também instituiu a “Justiça do Trabalho”, além de disciplinar um plano de proteção social que representou de assistência para a previdência social abrangente, inclusive no que concerne aos acidentes de trabalho.³⁰¹

Com o advento da Constituição de 1937, editada sob o regime ditatorial que reprimiu algumas liberdades através de um intervencionismo exacerbado, os postulados da Constituição anterior referentes aos direitos sociais foram mantidos, de modo que o trabalho foi definido como um “dever social” e, como a Carta de 1937 foi influenciada pelos ideais corporativistas sedimentados na *Carta del Lavoro* Italiana, editada por Mussolini em 1927, o texto constitucional sedimentou a organização da economia em corporações, com a assistência e proteção do Estado, bem como o regime de unidade sindical e controle estatal.³⁰²

Foi também durante a vigência da Constituição de 1937 e seguindo os ideais corporativistas que a influenciaram que foi editada a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, que buscou sistematizar e harmonizar a legislação trabalhista então existente; ocorrendo também a inclusão no Código Penal de 1940 da tipificação relativa aos crimes contra a organização do trabalho.

²⁹⁹ FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59-60.

³⁰⁰ FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 197-198.

³⁰¹ OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. O Salário Social no Brasil. In: ROMITA, Arion Sauão (Coord.) **Curso de Direito constitucional do trabalho** – Estudos em Homenagem ao Professor Amauri Marcado do Nascimento. São Paulo: LTR, 1991. p. 248-249.

³⁰² Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social, v. XVIII, p. 11.

Em 1946, instalou-se Assembléia Nacional Constituinte e promulgou-se nova Constituição, que apresentando muitas semelhanças com a Carta de 1934, restaurou as liberdades públicas subtraídas pelo regime ditatorial anterior, além de condicionar o exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, bem como introduzir título novo referente à família, educação e cultura.³⁰³

Foi na Constituição de 1946 que apareceu, pela primeira vez, em texto constitucional brasileiro, a expressão “justiça social”, configurando meta de ordem econômica; diferentemente de Carta de 1934, que se referia tão somente à organização da ordem econômica “conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida social”, exprimindo assim o propósito de garantir a todos uma existência digna, segundo critérios de justiça social e tomando como condição desta o desenvolvimento nacional.³⁰⁴

Com relação aos direitos sociais, a Carta de 1946 manteve a proteção conferida pelas Constituições de 1934 e 1937, ampliando sua área de abrangência e trouxe como inovações o direito de greve, tido, pela Carta de 1937, como “recurso anti-social”, a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, a assistência aos desempregados, bem como o alargamento da proteção da família, educação e cultura.³⁰⁵

Em 1967, como consequência do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, o Congresso Nacional votou e aprovou a Constituição de iniciativa do Presidente da República, que buscou harmonizar a legislação então fragmentada e dispersa em emendas constitucionais e disposições originariamente assentadas em Atos Institucionais.

No plexo dos direitos sociais, Evaristo de Moraes Filho ensina que a referida Constituição praticamente copiou os dispositivos da Carta anterior, aproximando-se também da Carta de 1937, pela semelhança dos regimes, de modo que a Constituição de 1967 também trouxe contribuições importantes no que se refere à previsão da desapropriação para fins de reforma agrária, à concessão de salário-família aos dependentes do trabalhador, a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa etc.³⁰⁶

³⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

³⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 265.

³⁰⁵ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 147-148.

³⁰⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. A Ordem Social na Emenda Constitucional n. 1. In: **Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1977. p. 250.

Em 1969, a Constituição de 1967 teve seu texto alterado pela Emenda n. 1, que longe de ter natureza de emenda constitucional, figurou como verdadeira Constituição. A Carta de 1969 não trouxe modificações significativas na proteção dos direitos sociais e buscou enfocar a questão do desenvolvimento econômico nacional.

A oitava e até então última Carta Política Brasileira foi promulgada em 1988 e foi resultado da retomada do equilíbrio da vida nacional e de um novo pacto político-social, após longo período marcado pelo autoritarismo que havia se instalado no país desde 1964, representando a restauração do Estado Democrático de Direito e enfocando o valor social do trabalho, a busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, pela redução das desigualdades sociais e regionais e pela promoção do bem comum.³⁰⁷

3.3.3.2 A Constituição de 1988 e a proteção dos direitos sociais

Sayão Romita ensina que a Constituição de 1988, ao atribuir relevo aos direitos sociais, confere eminente dignidade ao ser que trabalha, constituindo inegável fonte de inspiração ao legislador infraconstitucional e ao jurista, na tarefa de interpretar o direito.³⁰⁸

Com efeito, a Constituição de 1988 prioriza a questão social ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e ao considerar como objetivos fundamentais do Estado a erradicação da pobreza e da marginalização, prevendo, ainda, a necessidade de redução das desigualdades nacionais e regionais.

A Carta de 1988 inseriu na categoria dos direitos fundamentais a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; a função social da propriedade; a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, bem como os direitos sociais propriamente ditos, enunciados em seu Artigo 6º, que os define como sendo “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.³⁰⁹

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a Constituição de 1988 atribui significado ímpar aos direitos fundamentais individuais, conferindo-lhes eficácia imediata, de modo a ressaltar a vinculação direta dos órgãos estatais àqueles direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. O referido autor também ressalta que o constituinte reconheceu os direitos

³⁰⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 154-155.

³⁰⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na Constituição e outros estudos**. São Paulo: LTR, 1991. p. 12.

³⁰⁹ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 155-156.

fundamentais como elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição “considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (Artigo 60, parágrafo 4º)”.³¹⁰

Os direitos fundamentais são tomados constitucionalmente como direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, conferindo aos seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face dos órgãos obrigados por meio da judicialização e constituindo, ao mesmo tempo, base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.³¹¹

Gilmar Mendes assere, porém, que na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 são tidos como direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, contendo, pois, disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, a quem compete respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado.³¹²

Mas a Carta de 1988 também consagra direitos sociais, que, na maioria das vezes, demandam prestações fáticas e normativas de índole positiva e exercem papel fundamental na proteção da pessoa humana, na medida em que não basta apenas ter liberdade em relação ao Estado, devendo-se assegurar que o indivíduo desfrute sua liberdade mediante atuação do Estado.³¹³

No que concerne aos direitos sociais correspondentes a prestações normativas de índole positiva e que determinam a edição de leis infraconstitucionais necessárias ao pleno exercício de seus preceitos, tais direitos vinculam o Poder Público, obrigando-o a emitir a legislação infraconstitucional necessária, por força, inclusive, da eficácia vinculante “que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.³¹⁴

³¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-2.

³¹¹ Ibidem, p. 2.

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

³¹³ KREBS, Walter. In: Von Münch/Kunig. Grundgesetz-Kommentar. München: C. H. Beck, v. I, art, 19, II. N. 23, p. 617 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

³¹⁴ Isso porque, segundo Mendes, o Mandado de Injunção, concebido para assegurar direitos e liberdades constitucionais sempre que a falta de norma infraconstitucional regulamentadora torna inviável seu exercício (CF, art. 5º, LXXI), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º), destinada a tornar efetiva norma constitucional, “expressam, no plano material, o efeito vinculante para o

Já quanto aos direitos sociais correspondentes a prestações fáticas, também chamados de direitos a prestação em sentido estrito, como o direito ao trabalho, à educação, à assistência e previdência social, Gilmar Mendes ressalta que embora esses direitos estejam consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais, deve-se verificar em que medida tais direitos podem ser justiciados, pois sua satisfação depende de uma série de pressupostos de caráter econômico, político e jurídico, de modo que sua tutela constitucional opera um fenômeno de *transmutação* ao converter situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas.³¹⁵

Bonavides assere que como os direitos humanos sociais são direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por “exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”, inicialmente, eles foram remetidos à chamada esfera programática, não contendo para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade (de primeira geração); atravessando, em seguida, uma “crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil de 1988, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”.³¹⁶

A tendência, para Bonavides, é a de que os direitos fundamentais sociais se tornem tão justiciáveis quanto os direitos civis e políticos, sendo que não se admitirá mais o descumprimento dos referidos direitos por parte do Estado só sob o argumento de que se encontram sedimentados em normas constitucionais de caráter programático; sendo certo, porém, que até então prevalecia em quase todos os sistemas jurídicos a noção de que apenas os direitos civis e políticos eram dotados de aplicabilidade imediata, enquanto os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, via legislador.³¹⁷

Na visão de Barroso, os direitos sociais hoje inseridos na Constituição subdividem-se em três grupos de direitos: aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; os que ensejam a exigibilidade de prestações positivas

legislador das normas que exclamam expedição de ato normativo”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

³¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7-8.

³¹⁶ Ibidem, p. 564-565.

³¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 565-566.

do Estado e os que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora; não se limitando mais às chamadas normas programáticas.³¹⁸

No primeiro grupo, insere-se o direito à greve, cabendo ao Estado apenas reconhecer esse direito, estando impossibilitado de reprimir qualquer manifestação nesse sentido. Já o segundo grupo, referente aos direitos exigíveis do Estado, abrange os direitos à aposentadoria e à saúde, sendo que a ausência de prestação estatal nesses casos é sempre tida como inconstitucional e sancionável. Por fim, o terceiro grupo de direitos sociais refere-se àqueles direitos cuja aplicabilidade depende da lei, com é o caso da participação dos lucros da empresa pelos empregados.³¹⁹

No que concerne à efetividade dos direitos sociais no ordenamento jurídico pátrio, o Ministro Gilmar Mendes assere que embora tais direitos gerem uma vinculação jurídica, sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível.³²⁰ Isso porque, os direitos sociais são tidos pela legislação e pela maioria da doutrina pátria como direitos de implementação progressiva, respeitando os limites orçamentários, a chamada reserva do possível, que será enfocada no último capítulo da presente dissertação.

Segundo Wolfgang Sarlet, a Constituição de 1988 consagra como direitos fundamentais os direitos de defesa, que se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, e os direitos sociais prestacionais, consistentes numa prestação de natureza fática; de modo que enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) demandam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social no sentido de obter a realização da igualdade material, com a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.³²¹

O referido autor preconiza que o direito fundamental a prestação é o gênero que comporta as seguintes espécies: direitos sociais a prestações normativas estatais, direitos sociais a prestações em sentido estrito, isto é, os direitos a prestações materiais e, ainda, os

³¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96-97.

³¹⁹ Ibidem, p. 96-97.

³²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 284-285.

chamados direitos sociais prestacionais de cunho eminentemente programático (positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem cumpridos pelo Estado); sendo que a eficácia que cada direito fundamental a prestações poderá alcançar dependerá da forma pela qual foi positivado no texto constitucional, bem como das peculiaridades do seu objeto.³²²

Faria entende os direitos sociais a prestações em sentido estrito como direitos que “não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios”.³²³

A respeito da natureza dos direitos sociais prestacionais em sentido estrito, é mister salientar que esses direitos também apresentam, além da sua dimensão positiva, uma dimensão negativa, na medida em que a prestação que constitui seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito; assim como os direitos prestacionais podem, em certa medida, reclamar uma conduta estatal positiva, como é o caso de alguns direitos políticos ou que dependem de concretização legislativa.³²⁴

Nesse sentido, Wolfgang Sarlet asseve que por menor que seja sua densidade normativa dos direitos sociais a prestações ao nível da Constituição, eles sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos; de sorte que o fato de tais direitos terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais denota a sua dimensão economicamente relevante.³²⁵

O referido autor ensina que o “custo” econômico dos direitos sociais alcança especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para parte da doutrina, concretização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, pois, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas; sendo que mesmo os direitos sociais condicionados ao pagamento de

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 282-283.

³²³ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Hsgeb). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 282-283.

³²⁵ *Ibidem*, p. 282-283 e 286.

taxas ou tarifas públicas ou, ainda, dependentes do acesso a recursos já disponíveis, têm, segundo Sarlet, uma repercussão econômica ainda que indireta.

Assim, parte relevante da doutrina (Lima Lopes ³²⁶, Gilmar Mendes ³²⁷) entende que a efetivação dos direitos sociais a prestações depende da real existência de recursos voltados ao cumprimento da obrigação que implicam ao Estado, ou seja, a limitação dos recursos constitui, para essa parcela da doutrina, em limite fático à efetivação dos direitos sociais. ³²⁸

E além da problemática da existência de recursos materiais disponíveis, vislumbra-se também a problemática referente à possibilidade jurídica de disposição desses recursos pelo Estado, já que este, assim como o destinatário em geral deve a capacidade jurídica, o poder de dispor desses recursos. Segundo Sarlet, é justamente em virtude dessas duas problemáticas que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que compreendia, em seu sentido amplo, tanto a disponibilidade de recursos quanto a possibilidade jurídica de dispor deles por parte do destinatário da norma. ³²⁹

Vieira Andrade defende que a decisão relativa à afetação dos recursos materiais disponíveis depende da conjuntura socioeconômica global, partindo da premissa de que a Constituição não tem como oferecer critérios para esta decisão, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (em especial ao legislador), a quem compete definir as linhas gerais das políticas públicas no âmbito socioeconômico. ³³⁰

Ocorre que é justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais prestacionais costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional³³¹; de modo que “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos

³²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131.

³²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 288.

³²⁹ Ibidem, p. 288-289.

³³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 200-202.

³³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 289.

planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.³³²

Na doutrina brasileira, predomina o entendimento pelo qual a efetividade dos direitos sociais prestacionais encontra-se vinculada à reserva do possível, o seja, à existência de recursos materiais disponíveis, bem como à capacidade jurídica do Estado de alocá-los; muito embora autores como Sarlet questionem até que ponto esses aspectos têm o condão de impedir a plena efetivação e realização daqueles direitos.³³³

Porém, essa questão só será enfocada no último capítulo deste trabalho, quando então será analisada a efetividade dos direitos sociais nos países do Mercosul, levando-se em consideração a adequação entre as respectivas legislações constitucionais internas e o disposto no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e da Carta Sociolaboral do Mercosul, bem como a aptidão desses tratados para gerar uma efetiva proteção dos direitos sociais no âmbito dos países a estas vinculados.

3.3.3.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, vale salientar que o problema da hierarquia dos tratados de direitos humanos no plano normativo brasileiro surge do fato de que a Constituição Federal de 1988, em nenhum de seus dispositivos, estatui de forma clara qual a posição hierárquica dos tratados comuns perante o direito interno. No que tange aos tratados de direitos humanos, a doutrina e a jurisprudência têm discutido em torno do disposto nos parágrafos 2º e 3º do Artigo 5º da Lei Maior, com vistas a firmar sólido entendimento acerca de seu *status* perante o Ordenamento interno.

Francisco Rezek³³⁴ ensina que em junho de 1977 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso Extraordinário 80.004 assentou, por maioria, a tese segundo a qual - ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior - “esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça, não obstante as conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional”.

³³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 369.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 290.

³³⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99.

Assim, entendeu o Supremo ter o tratado o mesmo *status* hierárquico de lei ordinária federal. Isso significa deduzir que embora não possa o tratado ser revogado por lei ordinária posterior, já que o instituto próprio para um Estado se retirar da órbita de vigência de um tratado é a denúncia, pode o mesmo ter sua aplicabilidade suspensa por lei ordinária posterior que com ele seja incompatível, porque paritária sua estatura no Ordenamento Jurídico.³³⁵

Mas exceções existem a essa regra de paridade. A primeira exceção encontra-se no domínio tributário, na medida em que, em função do disposto no Artigo 98 do CTN, o Supremo tem entendido, até o momento e de forma uniforme, que havendo incontornável conflito entre tratado e lei interna, deve aquele prevalecer ainda que seja anterior à lei.³³⁶

A segunda exceção está atrelada aos tratados de direitos humanos, cujo *status* hierárquico tem sido muito discutido a partir da inclusão do parágrafo 3º ao Artigo 5º da Constituição, concretizada pela Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004. O parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição preconiza que “os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais”.

Não é difícil auferir, pois, que quanto aos tratados ratificados pelo governo brasileiro a partir da Emenda Constitucional n. 45, esses terão os mesmos *status* de norma constitucional, se aprovados pelo Congresso segundo o quorum previsto no referido parágrafo 3º. Porém, o referido dispositivo não determina a situação dos tratados ratificados pelo Brasil antes da Emenda 45 ou até mesmo antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, bem como a situação dos tratados de direitos humanos que, embora posteriores à Emenda 45, venham a ser aprovados com quorum inferior ao estabelecido no parágrafo 3º.

Assim, cabe investigar se os tratados anteriores à Emenda Constitucional n. 45 ou à Constituição Federal, assim como dos tratados que venham a ser aprovados com quorum inferior ao estipulado no Artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, devem ou não ser tidos como normas constitucionais. A esse respeito, foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 466343-1/SP, de relatoria do Ministro César Peluso, e o Habeas Corpus 87.585-8/ Tocantins, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, nos quais, dentre outros processos, se discutiu a possibilidade ou não de prisão do depositário infiel diante do Pacto de

³³⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 100.

³³⁶ Ibidem, p. 100-101.

São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e, por conseguinte, a hierarquia dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda n. 45.

Em termos de *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos, existem atualmente quatro correntes de pensamento sobre o assunto, a saber: a) a primeira, para a qual os tratados de direitos humanos têm caráter supraconstitucional; b) a segunda, que defende o status constitucional de tais tratados; c) a terceira, para a qual os tratados de direitos humanos são supralegais, ocupando posição hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional e hierarquicamente inferior à Constituição, em virtude da supremacia desta sobre atos internacionais; e, por fim, d) a quarta posição, segundo a qual os tratados em geral, inclusive os de direitos humanos (não aprovados segundo o quorum qualificado), estão no mesmo patamar normativo, das leis ordinárias.

A primeira posição é defendida por Celso de Albuquerque Mello, para quem os tratados internacionais de direitos humanos devem prevalecer sobre as normas constitucionais, que não têm poderes revocatórios em relação àqueles.³³⁷

Note-se que, embora se possa dizer que, em termos de busca pela efetividade dos direitos humanos, esta seria a posição que mais se coaduna com a tendência internacional de privilegiar os tratados garantidores desses direitos, não há uma adequação da mesma aos Estados que, como o Brasil, têm seu ordenamento jurídico fundado na idéia de supremacia material e formal da Constituição.³³⁸

Já há, aliás, posição consolidada no Supremo Tribunal Federal no sentido de submissão dos tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, ao controle de constitucionalidade, firmando o Supremo entendimento pelo qual

assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição (...) e aquele

³³⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal apud TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

³³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 3.

que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados.³³⁹

Nesse aspecto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que o argumento de que existe uma confluência de valores supremos protegidos nos âmbitos interno e internacional em matéria de direitos humanos não é suficiente para denotar o caráter supraconstitucional dos atos internacionais de proteção desses direitos, de sorte que esse entendimento poderia conduzir a uma via perigosa de produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna, criando o risco de normatizações camufladas, voltadas a suprir interesses individuais e não a proteger os direitos humanos.³⁴⁰

Adotando a segunda posição, segundo a qual os tratados de direitos humanos, ainda que anteriores à Emenda Constitucional n. 45, têm status hierárquico equivalente às emendas constitucionais, o Ministro Celso de Mello entende que considerado o quadro normativo atual em que preponderam as declarações constitucionais e internacionais de direitos, deve o Supremo Tribunal Federal extrair dessas mesmas declarações internacionais a máxima eficácia, no intuito de tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistema institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa, sob pena de a liberdade, tolerância e respeito à dignidade humana tornarem-se palavras vãs.³⁴¹

O referido autor acresce que vivemos hoje um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana, de modo que os Tratados de direitos humanos representam sempre um poderoso instrumento de tutela e salvaguarda dos direitos e garantias individuais, sendo-lhe subjacente, inclusive, a idéia de conter, mediante limitações jurídicas, a onipotência do próprio Estado, no intuito de fazer prevalecer o valor ético-fundamental da pessoa humana.³⁴²

Nesse contexto, o Ministro Celso de Mello também ressalta que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções de direitos humanos não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo, sendo que, como os tratados e convenções

³³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. RHC n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 22.11.2002.

³⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 5.

³⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro Sepúlveda. 12/03/2008, p. 5.

³⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro. 12/03/2008. p. 9.

de direitos humanos desempenham papel de extrema importância no plano de afirmação, consolidação e expansão dos direitos básicos da pessoa humana, têm os mesmos status de norma constitucional, ainda que anteriores à Emenda Constitucional 45. Isso porque como à época de sua aprovação não se exigia o quorum qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, gozavam desde logo, de status constitucional, em virtude do disposto no parágrafo 2º do mesmo artigo.³⁴³

Segundo o Artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição federal, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Lafer ensina que antes da EC n. 45, o parágrafo 2º do Artigo 5º da Lei Maior suscitou controvérsias, pois se argüiu que, ao ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é o quorum exigido para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna, sendo que o novo parágrafo 3º do Artigo 5º pode ser considerado como lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo parágrafo 2º.³⁴⁴

Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes, atento à exigência de maioria simples para aprovação do decreto legislativo internalizador dos tratados, advertiu que reconhecer a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos implicaria em “admitir que a Constituição concebida como um texto rígido tornar-se-ia flexível, pelo menos para o efeito da adição de novos direitos”.³⁴⁵

Divergindo dessa posição, Lafer defende que os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, validamente ratificados pelo Brasil, têm hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo parágrafo 2º do Artigo 5º, assim como os tratados já ratificados à luz do texto constitucional; sendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, os tratados de direitos humanos os quais o

³⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 12/03/2008. p. 24.

³⁴⁴ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Rio de Janeiro: Manole, 2005. p. 15-18.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 178.

Brasil venha a ratificar, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao “inter” previsto no novo parágrafo 3º do Artigo 5º.³⁴⁶

Para o referido autor, deve-se distinguir duas situações distintas: a dos tratados de direitos humanos ratificados à luz da EC n. 45, que só terão caráter constitucional se seguirem o quorum estabelecido no Artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição; e a dos inúmeros tratados de direitos humanos que o Brasil ratificou e recepcionou em seu ordenamento jurídico desde antes da Constituição até a EC n. 45, sendo que entre esses tratados encontram-se o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dentre outros.³⁴⁷

Para Lafer, como antes da EC n. 45 não havia dispositivo acerca do quorum qualificado de aprovação dos tratados de direitos humanos, eram estes regidos exclusivamente pelo parágrafo 2º do Artigo 5º, que lhes conferiu caráter de normas materialmente constitucionais, integrantes do chamado bloco de constitucionalidade.³⁴⁸

O referido autor explica que bloco de constitucionalidade seria “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”, sendo que em razão do bloco de constitucionalidade imprimir força normativa à Constituição e servir-lhe de parâmetro hermenêutico, isto é, de hierarquia superior, de integração, complementação e integração do universo dos direitos constitucionalmente previstos, considera o referido autor que os tratados de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro desde a vigência da Constituição até a EC n. 45 não são meras leis ordinárias, devendo ser equiparados às emendas constitucionais em virtude de sua inserção no bloco de constitucionalidade.³⁴⁹

O Ministro Celso de Mello também adota esta posição, reconhecendo que enquanto os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988 detêm caráter constitucional em virtude de sua recepção pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Lei Maior, os tratados de direitos humanos datados do período intermediário entre a entrada em vigor da Constituição e a Emenda Constitucional n. 45, possuem status constitucional por integrarem o bloco de

³⁴⁶ Ibidem, p. 178.

³⁴⁷ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Rio de Janeiro: Manole, 2005. p. 15-18.

³⁴⁸ Ibidem, p. 15-18.

³⁴⁹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Rio de Janeiro: Manole, 2005. p. 15-18.

constitucionalidade. Já os tratados de direitos humanos ratificados a partir da Emenda n. 45, precisam seguir o quorum qualificado para adquirirem hierarquia normativa constitucional.³⁵⁰

Rezek ensina que como o parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição não faz qualquer ressalva abjuratória dos tratados de direitos humanos aprovados até então pela maioria simples, cabe entender que o mesmo dispositivo os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional, ocorrendo processo semelhante à recepção constitucional do nosso Código Tributário, que, promulgado a seu tempo como lei ordinária, foi promovido a lei complementar pela Constituição desde o momento em que esta determinou que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.³⁵¹

Desse modo, Rezek entende que os tratados de direitos humanos ratificados em período anterior à EC n. 45 foram recepcionados pelo parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição como normas de hierarquia equiparada às Emendas Constitucionais.³⁵²

Similar entendimento é o perfilhado por Piovesan, para quem a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos já se extrai do Artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição, e, com fulcro no referido dispositivo, “todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade”, de modo que o quorum qualificado do parágrafo 3º apenas veio reforçar tal natureza ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.³⁵³

Piovesan também preconiza que “na hermenêutica antecipatória dos direitos humanos há que se imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da dignidade da pessoa humana”, sendo que “à hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto”, não sendo razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto

³⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 12/03/2008. p. 27-28.

³⁵¹ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102-103.

³⁵² Ibidem, p. 102-103.

³⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72-74.

os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação.³⁵⁴

A autora baseia seu entendimento em quatro argumentos, a saber: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os parágrafos 2º e 3º do Artigo 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do direito brasileiro.³⁵⁵

Assim, Piovesan adota o mesmo entendimento de Lafer e o Ministro Celso de Mello, acreditando ter o parágrafo 3º do Artigo 5º da Lei Maior reconhecido implicitamente a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos já ratificados, reforçando a existência de um regime jurídico misto, que diferencia os tratados de direitos humanos dos tratados de caráter comercial. Além do que, salienta que o parágrafo 3º do Artigo 5º fez surgir duas categorias de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.³⁵⁶

Sobre o tema, Cançado Trindade entende que a Constituição Brasileira de 1988 conferiu caráter especial aos tratados de direitos humanos, que, diferentemente dos demais tratados, integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do Ordenamento Jurídico Interno.³⁵⁷

Mazzuoli segue essa mesma orientação, ensinado que o fato do parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição enunciar que os tratados de direitos humanos aprovados pelo procedimento especial nele previsto passam a ser equivalentes às emendas constitucionais não significa necessariamente que os demais tratados de direitos humanos terão valor de lei ordinária. De modo que, o que se deve entender é que o quorum previsto no referido dispositivo visa apenas atribuir eficácia formal aos tratados de direitos humanos, e não atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais, que já lhes são conferidos pelo parágrafo 2º do Artigo 5º.³⁵⁸

³⁵⁴ Ibidem, p. 72-74.

³⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72-74.

³⁵⁶ Ibidem, p. 72-74.

³⁵⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. p. 408.

³⁵⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694-695.

Nesse sentido, Tavares salienta que o parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição recepcionou os tratados de direitos humanos já ratificados (e materialmente constitucionais por força do parágrafo 2º do mesmo dispositivo), atribuindo-lhes caráter equivalente às emendas constitucionais, ou seja, garantindo-lhes o caráter constitucional também no seu aspecto formal, sendo que, a partir de então, seu “status passará automaticamente a ser o de emenda constitucional, não só porque não poderão ser alterados senão por nova emenda, mas também porque não poderão se abolidos ou restringidos, em hipótese alguma”.³⁵⁹

O Ministro Ilmar Galvão também se coaduna com esse entendimento ao defender a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à EC n. 45, em face do relevante fato de que esses tratados viabilizam a incorporação ao texto constitucional de direitos e garantias individuais e de outras prerrogativas e liberdades individuais, que passam a integrar o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade.³⁶⁰

O Ministro Celso de Mello preconiza, em voto proferido por ocasião do HC 87.585-8/Tocantins, que uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético jurídico da prevalência dos direitos humanos deve permitir ao Supremo rever sua posição quanto ao caráter infraconstitucional dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda n. 45, reconhecendo-lhes status constitucional, em virtude de seu relevante papel no plano doméstico e infraconstitucional do Ordenamento Jurídico Brasileiro.³⁶¹

Galindo³⁶² e Sarlet³⁶³ também defendem o status constitucional dos tratados de direitos humanos, sedimentando seu argumento no parágrafo 2º do mesmo Artigo, que deve ser tido como uma cláusula de abertura a outros direitos fundamentais, inclusive aqueles previstos em tratados internacionais.

Segundo Galindo, a associação comumente feita entre tratado e lei ordinária não guarda nenhum sentido, sendo que os tratados, pela sua natureza, não podem ser equiparados

³⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Dê)s estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47-48.

³⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto do Ministro Celso de Melo in Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 12/03/2008. p. 36.

³⁶¹ Ibidem, p. 39.

³⁶² GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 252-253.

³⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 77-78.

a leis internas, devendo ser recepcionados de acordo com a matéria que versam e sua regulação constitucional; o que autoriza sua recepção como leis ordinárias, como leis complementares ou como normas constitucionais (em virtude da abertura a outros direitos fundamentais).³⁶⁴

Para o referido autor, os tratados de direitos humanos não retiram seu *status* constitucional do *iter* legislativo em que são aprovados, quer se exija quórum qualificado ou não, mas sim da sua natureza internacional e da matéria regulada (direitos fundamentais), sendo normas materialmente constitucionais.³⁶⁵

Galindo salienta que como os tratados de direitos humanos possuem *status* constitucional, eles também são protegidos pelas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV); e reconhece, ainda, a possibilidade de alguns direitos humanos consagrados em tratados internacionais possuírem natureza supraconstitucional. São os direitos humanos aos quais o Direito Internacional dá uma proteção especial, por meio das noções de obrigações *erga omnes*, normas *jus cogens* e crimes internacionais e com relação aos quais não podem as Constituições dispor diferentemente deles nem os tribunais lhes dar interpretação restritiva.³⁶⁶

Outro é o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, para quem os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em quorum diverso do estabelecido no Artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição, não tem status constitucional, mas são dotados de suprallegalidade, ou seja, estão abaixo da Constituição, mas numa posição hierarquicamente superior às leis infraconstitucionais, devendo prevalecer, portanto, sobre as mesmas, ainda que estas lhe sejam posteriores.³⁶⁷

Segundo o Ministro, da combinação entre a premente necessidade de se atribuir efetividade à proteção dos direitos humanos e a supremacia da Constituição sobre atos normativos internacionais resulta o caráter suprallegal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que faz com que a legislação infraconstitucional posterior

³⁶⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 272-273.

³⁶⁵ Ibidem, p. 274.

³⁶⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 274.

³⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 5. Data do Julgamento: 14/03/2008.

que com eles seja conflitante tenha sua eficácia paralisada.³⁶⁸ Esta é também a posição de Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.³⁶⁹

O Ministro Gilmar Mendes preconiza que a Emenda Constitucional n. 45, ao incorporar o parágrafo 3º ao Artigo 5º, não recepcionou os tratados de direitos humanos anteriores como tendo status constitucional, sendo que a Emenda n. 45 trouxe a declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, como não submetidos ao processo legislativo especial no Congresso, não podem ser equiparados às normas constitucionais; muito embora a mesma Emenda tenha ressaltado o caráter supralegal dos mesmos.³⁷⁰

O referido autor também assere que a alteração constitucional também veio acenar para a insuficiência da tese de legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Brasil, firmada pelo Supremo desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977).³⁷¹

Assim, para o Ministro Gilmar Mendes, diante do contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, deve o Supremo “assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano”, revendo sua posição e garantindo aos tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos status normativo supralegal.³⁷²

José Levi, por sua vez, ensina que o parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, não permite reconhecer o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados em período anterior à Emenda, porquanto, ao manter o mecanismo tradicional de recepção dos tratados por meio de decreto legislativo, acabou por confirmar a equiparação dos tratados à lei ordinária, inclusive no que se refere aos tratados de

³⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 5. Data do Julgamento: 14/03/2008

³⁶⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 670.

³⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto do Ministro Gilmar Mendes in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 6-7. Data do Julgamento: 14/03/2008

³⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto do Ministro Gilmar Mendes in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. p. 6-7. Data do Julgamento: 14/03/2008

³⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. P. 6-7.

direitos humanos, que, nos moldes do referido dispositivo, só terão reconhecido seu caráter formalmente constitucional se aprovados mediante quorum qualificado.³⁷³

Para o referido autor, embora academicamente se possa classificar um tratado sobre direitos humanos como “materialmente constitucional” (porque versa matéria tipicamente constitucional), não cabe reconhecer sua constitucionalidade formal se o mesmo tratado não é internalizado por meio do especialíssimo quorum trazido pelo parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição; o que implica dizer que os tratados de direitos humanos não aprovados por esse quorum qualificado não gozarão de hierarquia constitucional, independentemente da sua aprovação ter se dado antes ou após a Emenda Constitucional n. 45.³⁷⁴

A posição que parece ser mais adequada é a defendida pelo Ministro Celso de Mello e por Flávia Piovesan, Francisco Rezek, Celso Lafer, Cançado Trindade, Mazzuoli e outros autores, para os quais os tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos, ainda que anteriores à Emenda Constitucional n. 45, têm status normativo equivalente às emendas constitucionais. Isso porque o parágrafo 3º do Artigo 5º da Constituição, acrescido pela referida Emenda, apenas veio conferir um caráter formalmente constitucional àquilo que já era entendido como materialmente constitucional, em função do parágrafo 2º do mesmo Artigo 5º.

De modo que, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já deviam ser entendidos como normas de *status* constitucional, já que constantes do chamado bloco de constitucionalidade somando-se ao rol de direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente. Nesse sentido, o parágrafo 3º apenas veio atribuir constitucionalidade formal a tais tratados, recepcionando-os, pois, como normas de caráter constitucional.

Entender de forma diversa seria criar um paradoxo no sistema dos tratados de direitos humanos, vivenciando uma situação pela qual não teriam *status* constitucional importantes tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, enquanto que outros instrumentos

³⁷³ AMARAL JÚNIOR, José Levi do. **Reforma sepulta chance de status constitucional a tratados**. p. 1. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-fev-01/reforma_nega_status_constitucional_automatico_tratados. Acesso em 05 de maio de 2009.

³⁷⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi do. **Reforma sepulta chance de status constitucional a tratados**. p. 1. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-fev-01/reforma_nega_status_constitucional_automatico_tratados. Acesso em 05 de maio de 2009.

internacionais, embora derivados das normas acima referidas, teriam *status* constitucional por terem observado o quorum especial de sua aprovação. Ter-se-ia, portanto, tratados de *status* constitucional derivados de tratados sem *status* constitucional.

Ora, essa situação seria, no mínimo, discrepante, na medida em que embora a observância do quorum especial de aprovação seja importante, principalmente para os tratados de direitos humanos ratificados posteriormente a Emenda n. 45, que só terão *status* equiparável às emendas constitucionais se observarem o referido procedimento, não pode a adoção do mesmo significar a desconsideração do caráter essencialmente constitucional dos tratados ratificados em período anterior à Emenda, que, em virtude de seu conteúdo material, integram o bloco de constitucionalidade, devendo ser considerados normas de caráter constitucional por ocasião do parágrafo 2º do Artigo 5º da Carta Constitucional e em razão do entendimento segundo o qual foram recepcionados pela Emenda n. 45 segundo posição conferida por esta aos mesmos, ou seja, como normas de *status* normativo constitucional.

Não cabe dizer que a atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos representaria violação da supremacia formal e material da Constituição, porquanto os tratados de direitos humanos continuam subordinados ao texto constitucional, pois, assim como as emendas à constituição, estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Outrossim, entende-se que conferir caráter supralegal aos tratados de direitos humanos ratificados em período anterior à Emenda n. 45 e caráter constitucional aos tratados ratificados a partir da Emenda e segundo quorum especial exigido a partir da mesma seria, como dito anteriormente, criar uma discrepância no sistema de hierarquia dos tratados, além de representar uma desconsideração do caráter materialmente constitucional das referidas normas, tão importante para maximização da proteção dos direitos humanos e da prevalência da dignidade da pessoa humana.

3.3.4 Do constitucionalismo paraguaio e da recepção dos direitos sociais

3.3.4.1 Antecedentes históricos à Constituição de 1992

O Paraguai tornou-se um país independente em 15 de maio de 1811, sendo que em 1813, Dr. Rodriguez de Francia elaborou o Regulamento de Governo, que embora tido como o primeiro documento institucional do Estado Independente, não constituiu uma Carta Constitucional, devendo, pois, ser entendido como o embrião do constitucionalismo

paraguaio; de modo que entre 1811 e 1870, “o processo político paraguaio não esteve regido por nenhuma normativa constitucional”.³⁷⁵

De fato, formalmente falando, a primeira Constituição Paraguai data de 1870, embora já existissem nesta época leis (comumente a Lei de 1844) estabelecendo a administração política da República do Paraguai, bem como alguns direitos e garantias fundamentais, como o direito de liberdade, de petição e a proibição do tráfico de escravos.

Segundo Prieto, o clima político e social que norteou a elaboração da primeira Carta Constitucional Paraguai foi marcado por profundas alterações operadas neste país, na medida em que

a guerra da Tríplice Aliança (1865-1870) contra Argentina, Brasil e Uruguai aniquila o Paraguai, tanto humana quanto materialmente. Daí haverá de surgir a Constituição de 1870, resumo articulado das idéias liberais e voga. Constitui toda uma revolução jurídica destinada a terminar com as autocracias dos últimos sessenta anos. Com ela nasce a República e o Estado de Direito.³⁷⁶

No que concerne à recepção de direitos sociais, a primeira Constituição Paraguaia consagrou a livre circulação de mercadorias produzidas no país e medidas voltadas a facilitar a atividade educacional e a instrução pública, estabelecendo a obrigatoriedade da educação primária gratuita. A referida Carta também garantiu o direito à liberdade, à igualdade formal e à reunião pacífica, proibiu a escravidão e vislumbrou o trabalho como uma atividade livre, prevista como garantia ao cidadão que poderá exercê-la, baseando em seu livre arbítrio; o que não ocorria nesta época com o trabalhador escravo no Brasil.³⁷⁷

Nota-se que a Constituição de 1870, seguindo a linha de sua época, adequou-se ao individualismo político e ao liberalismo econômico, não focando sua preocupação nos direitos sociais, embora já trouxesse alguns dispositivos de tutela dos mesmos, conforme enunciado no parágrafo anterior; de sorte que “os trabalhadores paraguaios, embora gozando da liberdade de trabalho, não recebiam amparo da lei na proteção dos seus interesses, fossem eles individuais ou coletivos”.³⁷⁸

Porém, durante o período de vigência da Constituição de 1870, foram editadas algumas leis infraconstitucionais voltadas à proteção do trabalhador, como a Lei n. 242/1917,

³⁷⁵ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 194.

³⁷⁶ PRIETRO, Justo José. Antecedentes Históricos. In: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez; VALLE, Hernandez. (coord.). **Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos**. Madrid: Dyckinson, 1992. p. 687-688.

³⁷⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 199-200.

³⁷⁸ Ibidem, p. 200.

estabelecendo o descanso dominical; a Lei n. 926/1927, que adotava a teoria do risco profissional em caso de acidente de trabalho; o Decreto . 39639/1931, regulamentando o direito de associação profissional; a Lei n. 1.215/1931, dispondo sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos industriais efetuarem o pagamento de seus empregados em moeda corrente e o Decreto n. 3.544/1938, que, cumprindo disposição estabelecida no Tratado de Versalhes, adotou jornada máxima de oito horas diárias e quarenta e oito horas semanais; havendo também a criação do Departamento Nacional do Trabalho em 1937.³⁷⁹

Ocorre que, após golpes e revoluções que aconteceram entre 1870 e 1940, foi promulgada em 10 de julho de 1940, uma nova Constituição Paraguaia, inspirada pela busca de melhoria das instituições estatais e pela proteção dos direitos sociais.³⁸⁰

Nesse sentido, a Carta de 1940 seguiu, ainda que precariamente, as linhas definidas pelo constitucionalismo social, emergente na época, garantindo o direito à saúde e assistência social, educação moral, espiritual e física e fazendo prevalecer o interesse público sobre o privado, de modo a proibir toda a exploração do ser humano e a assegurar que todo trabalhador tenha um nível de vida compatível com a dignidade humana.³⁸¹

A Constituição Paraguaia de 1940 inovou pouco o rol dos direitos sociais, não fazendo muitas referências aos direitos de seguridade social nem prevendo os direitos sindicais e de greve; embora tenha tido o mérito de lançar os princípios que nortearam e fundamentaram a legislação infraconstitucional trabalhista do país.³⁸²

Em 1954, Alfredo Strossener assume o poder através de um movimento militar e entende indispensável a edição de nova Carta Política para o Paraguai, o que ocorreu em 1967, sendo que tanto a Carta de 1967 quanto sua reforma de 1977 caracterizaram-se pelo predomínio do poder executivo sobre o legislativo e judiciário e pelo conseqüente rompimento com o princípio republicano, restando configurado um presidencialismo autoritário.³⁸³

A Constituição de 1967 trouxe uma ampla integração dos direitos sociais e tutelou a família como “célula fundamental da sociedade” e os direitos a ela inerentes; a maternidade e

³⁷⁹ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 200.

³⁸⁰ MATTOS, Cláudio Oliveira. A Constituição Paraguaia. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 126.

³⁸¹ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 202.

³⁸² FRESCURA, Luiz P. **Las cláusulas económico-sociales en las Constituciones de América**. v. 1. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 335.

³⁸³ BALMELLI, Carlos Mateo. **El desarrollo institucional**. Asunción: El Lector, 1995. p. 55.

a infância, adotando a proteção integral da criança e do adolescente; a seguridade social, prevendo um regime próprio capaz de abarcar todos os trabalhadores, suas famílias e dependentes; a educação e cultura, prevendo não só a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental, mas também do ensino médio; os direitos à saúde, com a garantia de programas de assistência aos enfermos carentes de recursos financeiros, idosos e indigentes; o direito dos trabalhadores, conferindo hierarquia constitucional aos direitos relativos à jornada de trabalho, descanso remunerado, férias, bases para determinação de um salário mínimo vital, bonificações e etc.; o direito à sindicalização, bem como o direito de greve.³⁸⁴

3.3.4.2 A Constituição de 1992 e a proteção dos direitos sociais

Inspirada pelo movimento do constitucionalismo social, mas também norteadada pelo espírito de democratização dos direitos humanos e pelo retorno das forças armadas paraguaias a um patamar de respeito e dignidade que até então haviam perdido, a Constituição atual Paraguuaia, datada de 1992 e fruto do processo de redemocratização do país, reconhece amplamente os direitos sociais e laborais, tanto individuais como coletivos e cria mecanismos jurídicos para sua proteção, recepcionando a liberdade sindical e assentando as bases jurídicas para a existência de um sindicalismo autônomo.³⁸⁵

Segundo Morínigo, o Paraguai conta atualmente com uma Constituição que contém avançados princípios na ordem dos direitos sociais, econômicos e culturais, trazendo em seu texto, inclusive, a doutrina dos direitos difusos.³⁸⁶ Oliveira Mattos preconiza que a Constituição Paraguuaia assemelha-se à brasileira no sentido em que são tratados alguns direitos, dispostos do Artigo 86 ao 100 da referida Carta, salientando, porém, que enquanto a Constituição brasileira é muito mais analítica e quantitativa, deixando pouco espaço ao legislador, a Constituição Paraguuaia, na maioria dos seus artigos, remete à apreciação da matéria por lei especial.³⁸⁷

A nova Constituição Paraguuaia trata dos direitos humanos sociais no seu Título II, “Dos Direitos, dos Deveres e das Garantias”, prevendo em seu Artigo 6º o compromisso do

³⁸⁴ PARAGUAI. Constituição Federal de 1967, Artigos 104 a 110.

³⁸⁵ SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**, Um Estúdio de Derecho Comparado. Primeira Parte. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1996. p. 87-88.

³⁸⁶ MORÍNIGO, Ubaldo Centurion. **Los derechos del trabajador y el Mercosur**. Asunción: EDIPAR S.R.L., 1995. p. 3-4.

³⁸⁷ MATTOS, Cláudio Oliveira. A Constituição Paraguuaia. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 128.

Estado com a qualidade de vida da população e o seu papel na implementação de políticas e programas de amparo “[...] à extrema pobreza e aos limitados pela capacidade física”.

No Título II, a Carta Paraguaia protege os seguintes direitos: a família, tida como instituição fundamental da sociedade, reconhecendo a União Estável entre homem e mulher como forma de núcleo familiar; os direitos relativos à maternidade, infância, juventude e terceira idade, conferindo-lhes proteção especial; os direitos dos excepcionais, que devem ter garantidos do Estado apoio e cuidados para com a sua saúde, educação e formação profissional; os direitos dos povos indígenas; os direitos relativos à saúde, estabelecendo um programa de bem-estar social fundado em estratégias baseadas na educação sanitária e na participação comunitária (Artigo 70); os direitos relativos à educação e cultura, determinando critérios para o processo educativo que transcendem o mero conceito de desenvolvimento da pessoa humana, para comprometê-lo com “[...] a promoção da liberdade e da paz, da justiça social, da solidariedade, da cooperação e integração dos povos; o respeito aos direitos humanos e aos princípios democráticos”, de sorte que o sistema educativo é tido como responsabilidade essencial do Estado (Artigo 76).

O Título II também consagra a liberdade de trabalho, sendo mister salientar que o Paraguai é o único dos países que integram o Mercosul a possuir um Código do Trabalho desde 1962 e que sofreu sua última modificação em 1996 (lei n. 496); a limitação de jornada de trabalho em 8 horas diárias de 48 horas semanais; o descanso semanal remunerado e as férias anuais; o salário vital mínimo e a bonificação familiar, introduzindo o direito à chamada “gratificação anual” correspondente a um salário superior ao básico em caso de trabalho em locais insalubres, horas extraordinárias noturnas ou em dias feriados (Artigo 92); a estabilidade dos trabalhadores nos limites estabelecidos em lei, sendo que o Código de Trabalho quantifica em “dez anos ininterruptos de serviços prestados ao mesmo empregador” para que se caracterize a estabilidade no emprego (Artigo 94 do CT).

Nesse sentido, a Carta Paraguaia determina no seu Artigo 86 que “todos os habitantes da República têm direito a um trabalho lícito, livremente escolhido e a se realizar em condições dignas e justas” e no seu Artigo 87 que “o Estado promoverá políticas que tendam ao pleno emprego e à formação profissional de recursos humanos, dando preferência ao trabalhador nacional”; sendo mister ressaltar que o Código de Trabalho Paraguai veda qualquer trabalho aos menores de 15 anos de idade, salvo em caso de regime familiar e desde

que o trabalho não seja perigoso para a vida, saúde e moralidade dos menores (Artigo 119 do *Código del Trabajo*).

Segundo Pangrazio, o objetivo da Constituição, ao detalhar os direitos sociais, é garantir a subsistência, o desenvolvimento da personalidade, o equilíbrio familiar e a colisão social alcançados a partir do trabalho, que denota uma ocupação útil por parte de seus habitantes.³⁸⁸

A seguridade social, os direitos sindicais, o direito de greve e a competência sindical para promover qualquer ação coletiva ou convênios relativos à defesa dos interesses dos trabalhadores também são direitos assegurados pela Constituição Paraguaia, adotando esta a liberdade sindical como direito dos trabalhadores tanto do serviço público quanto da iniciativa privada, vedando apenas a sindicalização dos membros das forças armadas e policiais.³⁸⁹

No seu Artigo 100, a Carta Paraguaia garante o direito de todos à moradia digna e destaca o compromisso do Estado em promover políticas habitacionais eficientes atentas ao interesse social; sendo que no que concerne ao funcionalismo público, a Constituição não especifica a forma pela qual é feita a admissão dos candidatos aos cargos públicos nem define um regime jurídico único ao qual deva se submeter o funcionalismo público.

No que concerne à aposentadoria e pensões, Meira Rosa destaca que a Constituição prevê a cobertura do Sistema Nacional de Seguridade Social para todos os servidores públicos, porém, não consagra qualquer proteção ao desemprego, que também não se encontra tutelado pela legislação infraconstitucional.³⁹⁰

Um dos pontos mais importantes da Constituição Paraguaia é o seu Artigo 45, que pelo qual se reconhece outros direitos e garantias fundamentais além dos expressos no texto constitucional e se preceitua que a falta de lei regulamentadora não poderá ser invocada para negar ou menosprezar algum direito ou garantia.

No que concerne à efetividade dos direitos sociais consagrados pela Constituição Paraguaia, tem-se que assim como no Brasil, a maioria dos doutrinadores entendem esses direitos como direitos fundamentais de realização progressiva, cuja efetividade depende da

³⁸⁸ PANGRAZIO, Miguel Angel. **Tratado de derecho público**. Asunción: S.R. L, 1996. p. 314.

³⁸⁹ Constituição Paraguaia de 1992, Artigos 95 a 99.

³⁹⁰ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 215.

existência de recursos materiais disponíveis, bem como da capacidade estatal de alocar esses recursos.³⁹¹

Como já ressaltado em linhas anteriores, adota-se a teoria da “reserva do possível”, que teve sua origem na paradigmática decisão da Corte Constitucional Federal Alemã (julgamento do caso *numeros clausulus BverfGE* n. 33, S. 333) acerca da pretensão individual de ingresso no ensino superior público sem que existissem vagas em números suficientes³⁹²; mas a aplicação dessa doutrina européia à realidade dos países latino-americanos mostra-se inadequada pelas razões que serão tratados no último capítulo da presente dissertação.

3.3.4.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico paraguaio

A Constituição Paraguaia de 1992 estabelece a sua supremacia sobre os tratados internacionais e confere aos mesmos caráter suprallegal, ou seja, posição hierárquica superior às leis, mas inferior à Constituição.³⁹³

Porém, os tratados de direitos humanos têm sua hierarquia constitucional reconhecida no Artigo 142 da Carta Paraguaia, na medida em que este estabelece que os referidos tratados só poderão ser denunciados pelo mesmo procedimento exigido para Emendas Constitucionais. Isso porque, na visão de Pangrazio, os direitos humanos, que são reconhecidos como garantias essenciais para a dignificação do ser humano requerem vigência e estabilidade de suas normas, não podendo deixar de ser elevados ao *status* de lei fundamental.³⁹⁴

Nesse sentido, a Constituição também regula a permissão para a integração regional do Estado e preconiza, ainda, que a República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite um ordenamento jurídico supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento no âmbito político, econômico, social e cultural (Artigo 145, parágrafo 1º).

3.3.5 Do Constitucionalismo Uruguaio e da recepção dos direitos sociais

3.3.5.1 Antecedentes históricos à Constituição de 1967

³⁹¹ RADIL, Bernadino Cano. **Manual de derecho constitucional e político**. Asunción: Catena, 2003. p. 320.

³⁹² PRONER, Carol. **Direitos Humanos, Políticas Públicas e Mercosul**. Observatório Político Sul-Americano. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ/UCAM. Análise de Conjuntura OPSA, n. 12, dezembro de 2006. Disponível em: http://observatorio.iuperj.br/pdfs/25_analises_Direitos_Humanos_Políticas_Publicas_e_Mercosul.pdf. Acesso em 18 de maio de 2009.

³⁹³ PANGRAZIO, Miguel Angel. **Tratado de derecho público**. Asunción: S.R. L., 1996. p. 580.

³⁹⁴ Ibidem, p. 378.

O Uruguai teve sua independência política entre 1825 e 1830, sendo que a primeira Constituição Uruguaia data de 1830, considerada por alguns como instrumento institucional perfeito, mas por outros como texto que não se ajustava às exigências históricas e políticas do país; sendo que muito embora a Carta de 1830 tenha iniciado as bases do Constitucionalismo uruguaio, não deixou a mesma de reconhecer, como ancestral vernáculo, a Constituição dispersa e flexível que regeu a Província Oriental do Rio da Prata desde 1825.³⁹⁵

Como a Carta Política de 1830 refletiu os ideais liberais que predominavam na época, tem-se que embora tenha consagrado a liberdade de trabalho e de comércio, proibindo o trabalho escravo, a referida Constituição não se ateve à proteção específica dos direitos sociais.

Foi durante os últimos anos de vigência da Constituição de 1830 que importantes leis trabalhistas foram editadas, como a lei de acidentes de trabalho, de 1914; a lei limitando a jornada de trabalho a 8 horas diárias, em 1915; a Lei de 1918, que proibiu o trabalho noturno nas padarias, confeitarias e similares, entre as vinte e uma horas e as cinco da manhã; a lei de aposentadoria na atividade privada de 1919; a lei do descanso semanal remunerado de 1920, bem como a lei do salário mínimo de 1923.³⁹⁶

Em 1918, nova Constituição foi promulgada, sendo que, a despeito de ter promovido grandes alterações na ordem administrativa, a Constituição não avançou em termos de elevação dos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.³⁹⁷

A previsão constitucional dos direitos sociais só adveio com a Carta de 1934, que modificou substancialmente sua antecessora, buscando soluções constitucionais baseadas na realidade do país e utilizando como parâmetro o constitucionalismo europeu do pós-guerra.³⁹⁸

A Carta de 1934 consagrou um conjunto de normas que reconheceram os direitos de conteúdo econômico e social, como o direito à educação, habitação, trabalho, proteção familiar, maternidade, patrimônio histórico do país, bem como o reconhecimento do direito de

³⁹⁵ GALLICCHIO, Eduardo G. Esteva. El Sistema Constitucional Paraguayo. In: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez; VALLE, Hernandez. (coord.). **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Dyckinson, 1992. p. 735.

³⁹⁶ RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguaia. In: Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 147.

³⁹⁷ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 230-231.

³⁹⁸ Ibidem, p. 230-231.

greve, do direito à justa remuneração, a limitação da jornada de trabalho, fixada em oito horas diárias, e do direito ao descanso semanal remunerado; determinando ainda a regulamentação infraconstitucional dos direitos concernentes ao trabalho de mulheres e menores de 18 anos.

Na visão de Couture, a Constituição de 1934 entendeu conveniente suprimir a proibição constitucional ao trabalho escravo, por achar tal preceito desnecessário do ponto de vista jurídico, já que a escravidão mostrava-se um instituto incompatível com as normas constitucionais.³⁹⁹

Com relação à recepção dos direitos sociais, Barbagelata assere que o reconhecimento dos direitos sociais, assim como na Constituição Paraguaia, como nas Constituições dos demais países que compõe o Mercosul, foi tardio, levando-se em conta as datas das primeiras leis laborais dos respectivos países.⁴⁰⁰

A Constituição de 1934 passou por uma reforma em 1936, que se restringiu a alcançar os interesses político-partidários com vistas à realização de eleições em 1938, não conseguindo impedir, contudo, a quebra do sistema constitucional e do equilíbrio político que estava em sua base.⁴⁰¹

Nesse cenário, em 1942, o Parlamento é dissolvido e cria-se um Conselho do Estado, perante o qual o Presidente da República e seus Ministros apresentam o projeto de reforma constitucional elaborado por uma Junta Consultiva.⁴⁰² Assim, em 1942, é editada nova Constituição, que trouxe importante inovação do ponto de vista dos direitos fundamentais ao estabelecer que todos os artigos constitucionais que reconheçam os direitos do cidadão ou que atribuam faculdades e imponham deveres às autoridades públicas, poderão ser aplicados independentemente de existir ou não regulamentação através de lei ordinária.⁴⁰³

³⁹⁹ COUTURE, Eduardo J; BARBAGELATA, Aníbal L. Las disposiciones económico-sociales em la Constitución Uruguaya. In: **Las cláusulas económico sociales em las Constituciones de América**. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 404-405.

⁴⁰⁰ BARBAGELATA, Hector Hugo. **Panorama de la legislación del trabajo**. Montevideo: Cultura Sindical, 1994. p. 18.

⁴⁰¹ ARÉCHAGA, Justino Jiménez de. **La Constitución Nacional**. Homenaje de la Camara de Senadores. Tomo I. Montevideo, 1998. p. 121.

⁴⁰² Ibidem, p. 121.

⁴⁰³ COUTURE, Eduardo J; BARBAGELATA, Aníbal L. Las disposiciones económico-sociales em la Constitución Uruguaya. In: **Las cláusulas económico sociales em las Constituciones de América**. Buenos Aires: Losada, 1947. p. 400.

Embora a Carta de 1942 não tenha trazido uma organização sistemática dos direitos sociais propriamente, seu texto lançou as bases da legislação trabalhista, consagrando a liberdade de trabalho, a proteção à família e à maternidade, os direitos relativos à saúde etc.⁴⁰⁴

A eleição de Andrés Martínez Trueba para presidência do Uruguai, em 1950, abriu caminho para o projeto de uma nova Constituição, promulgada em 1952, cuja característica essencial reside no reforço dos controles jurídicos sobre a ação dos órgãos integrantes dos diferentes poderes⁴⁰⁵; de sorte que, no que concerne aos direitos sociais, a referida Carta não alterou os direitos incorporados pela Constituição de 1934 e mantidos pela Carta de 1942, conservando, inclusive, o dispositivo constitucional assegurado da aplicabilidade imediata dos dispositivos relativos aos direitos individuais e a faculdades ou deveres impostos às autoridades públicas.⁴⁰⁶

3.3.5.2 A Constituição de 1967 e a proteção dos direitos sociais

A Constituição Uruguia atual data de 1967 e sofreu reformas em 1989, 1994 e 1997. Assim como as Cartas anteriores, a Constituição de 1967 trata, em seu primeiro capítulo, dos direitos, deveres e garantias e, em seguida, relaciona os direitos sociais em um conjunto de disposições que descrevem toda uma legislação trabalhista, mantendo uma inspiração protetora e buscando certo equilíbrio entre o direito de propriedade, representativo do fator capital, e o direito dos trabalhadores.⁴⁰⁷

Segundo Campos, “não há dúvida, todavia, de que nesta época já se havia instalado a concepção de que a política social se deveria subordinar à economia, o que resultou na mudança de orientação da legislação laboral ordinária, consumada com a criação do COPRIN (Lei n. 13.720/68)”. Segundo a autora, a Carta de 1967 não continha regra no sentido de que o âmbito social deveria ser condicionado ao crescimento econômico, porém, toda a legislação que se seguiu à Constituição outorgou, em última instância ao governo a competência em matéria de salários e colocou sob seu controle, inclusive, o processo de negociação coletiva.⁴⁰⁸

Nesse sentido,

⁴⁰⁴ URUGUAI. Constituição Federal de 1945, Artigos 32, 39, 40, 42, 45 e 55.

⁴⁰⁵ ESPIELL, Hector Gros; ARTEAGA, Juan Jose. **Esquema de la evolución constitucional del Uruguay**. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

⁴⁰⁶ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 235.

⁴⁰⁷ RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguia. In: Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 151.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 151.

passou-se a ser sustentado que o Estado deveria fazer valer sua presença de forma contínua e sistemática para promover a autêntica defesa de um salário real compatível com o resto das variáveis econômicas. Concomitantemente, entendeu-se ser necessário revisar o sistema de prevenção social com a finalidade de preparar um sistema global que funcionasse de acordo com as possibilidades econômicas nacionais.⁴⁰⁹

Ocorre que de 1968 a 1973, o Uruguai vivenciou uma crise econômica e uma ruptura institucional, figurando o imposto como duro congelamento salarial, sendo adotadas medidas de segurança, além a repressão sindical; de sorte que os direitos sociais, especialmente os direitos trabalhistas, altamente protegidos até a década de cinquenta/sessenta, passam a ser preteridos face aos objetivos econômicos.

No final dos anos oitenta, o Uruguai passa por uma fase de redemocratização de suas instituições, resultando esta em uma considerável melhoria das condições sociais, como uma sensível recuperação dos salários reais nos primeiros anos do novo governo, havendo também a ratificação de treze importantes Convenções da organização Internacional do Trabalho.⁴¹⁰

Quanto à proteção conferida aos direitos sociais, a Carta Paraguaia consagra o direito a “justa indenização” (embora não adote a terminologia “salário mínimo”), a limitação de jornada, deixando ao legislador a sua fixação específica, que, para os trabalhadores do comércio corresponde a 8 horas diárias e a 44 ou 48 horas semanais (Decreto-Lei n. 14.320), sendo que a Lei n. 15.966 limita em 8 horas o limite de horas extras semanais que poderão ser prestadas pelos trabalhadores.

A Constituição não especifica a forma de descanso semanal remunerado, incumbindo à legislação infraconstitucional fazê-lo, que, por sua vez, define o regime geral de descanso semanal em 24 horas aplicável à maioria dos trabalhadores. No que tange às negociações coletivas, a Carta Uruguia também não a regulamenta expressamente, sendo que a doutrina tem considerado que tal preceito encontra-se implícito nas normas constitucionais garantidoras do direito de greve e da sindicalização.⁴¹¹

Segundo ensinamentos de Meira Rosa, as Constituições Uruguaias têm mantido um procedimento genérico relativamente aos direitos dos trabalhadores, bem como à segurança

⁴⁰⁹ RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguia. In: Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 152.

⁴¹⁰ RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguia. In: Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998. p. 154.

⁴¹¹ ARTECONA, Marta Abella de; VILLADEMOROS, Fernando Rovira; GUARNIERI, Raquel. Remuneración del Trabajo. In: El derecho laboral del Mercosur. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994. p. 76-77.

no trabalho, o que não denota, porém, lacuna ou falha em seu texto, na medida em que são inúmeras as leis especiais e os tratados recepcionados sobre a matéria.⁴¹²

É cediço destacar que com respeito à cobertura dos acidentes de trabalho, esta não mantém vínculo com a seguridade social, tendo o empregador a responsabilidade individual em caso de acidente de trabalho, assim como a obrigação de segurar seus empregados no Banco de Seguros do Estado, que consiste num órgão autônomo estatal.⁴¹³

A Carta Uruguaia também deixa ao legislador infraconstitucional a regulamentação do trabalho da mulher e do menor de 18 anos, sendo que a legislação estabelece o critério de 15 anos como idade mínima para o trabalho. A referida Carta também confere proteção à maternidade e à saúde, garantindo os direitos da criança e do adolescente, os direitos sindicais, o direito de greve, inclusive do funcionalismo público, o direito à educação, com a obrigatoriedade e gratuidade do ensino à população, o direito à moradia digna, cabendo ao Estado promover meios para que isto se concretize, devendo, inclusive, estimular a inversão de capitais privados para este fim, os direitos à assistência dos deficientes físicos e desamparado, bem como os direitos relativos à seguridade social.⁴¹⁴

Quanto à efetividade dos direitos humanos sociais no Uruguai, tem-se que esses direitos também são tidos pela doutrina como direitos de segunda geração⁴¹⁵ que, por demandarem uma ação estatal eminentemente positiva, têm sua realização vinculada à existência de recursos materiais disponíveis, cabendo ao Estado garanti-los a partir do máximo de aproveitamento conferido aos recursos materiais disponíveis.

Porém, a legislação uruguaia contém remédios jurídicos específicos de proteção dos direitos humanos, inclusive dos direitos humanos sociais, como a *acción de amparo*, que consiste numa ação judicial voltada à proteção dos direitos humanos ameaçados ou eventualmente violados, seja de primeira, segunda ou terceira geração, e procede de forma similar ao habeas corpus; de sorte que através da ação de amparo, o juiz verificará no caso concreto a medida a ser aplicada em prol da efetivação do direito violado (e, no caso dos

⁴¹² ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 237.

⁴¹³ MANGARELLI, Cristina. Reparación de los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales. In: **El Derecho laboral del Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994. p. 366.

⁴¹⁴ ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002. p. 241-242.

⁴¹⁵ DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Manual de derecho público – derecho constitucional**. Montevideo – Buenos Aires: Júlio César Faria, 2007. p. 317.

direitos sociais, levará em consideração os recursos disponíveis), podendo a referida ação ser intentada não só contra o Estado, mas também contra pessoas privadas.⁴¹⁶

3.3.5.3 A posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico uruguaio

A Constituição Uruguaia não faz nenhuma referência quanto à hierarquia dos tratados em geral ou dos tratados de direitos humanos e ainda consagra, em seu Artigo 4º, uma espécie de soberania absoluta da República Uruguaia, preconizando que “a soberania, em toda a sua plenitude, existe radicalmente em toda a Nação, a quem compete o direito exclusivo de estabelecer suas leis, do modo como mais adiante se expressará”.

Ao mesmo tempo em que parece consagrar uma soberania absoluta, a Carta Paraguaia privilegia, contudo, a busca pela integração, em especial, com os demais Estados latino-americanos, estabelecendo prioridades para a sua efetivação, como a que se refere aos produtos e às matérias primas.⁴¹⁷

Embora a Carta Constitucional Uruguaia tenha silenciado sobre a posição hierárquica dos tratados em seu ordenamento jurídico interno, ela reconhece, no seu Artigo 72, que a enumeração de direitos, deveres e garantias feita em seu texto não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo, que, por sua vez, podem advir de tratados, convenções ou do próprio costume internacional.⁴¹⁸

Nesse sentido, a referida Constituição prevê, ainda, em seu Artigo 332 que os preceitos nela inseridos e que reconhecem os direitos individuais, assim como aqueles que atribuem faculdades ou impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de ser aplicados por falta da regulamentação respectiva, devendo esta ser suprida através do emprego da analogia, dos princípios gerais de direito e das doutrinas aceitas em geral; de sorte que os direitos tidos como essências à pessoa humana e aqueles vinculados a matéria de integração regional e às relações exteriores são tidos como plenamente operativos e de exigibilidade imediata, cabendo ao Poder Judiciário garantir a sua aplicabilidade em cada caso concreto.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Ibidem, p. 326-327.

⁴¹⁷ URUGUAI. Constituição Federal, Artigo 6º.

⁴¹⁸ PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitaria**. Montevideo: Universidad Austral, 2004. p. 415.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 415-416.

Perotti ensina que as decisões proferidas pelo Tribunal Superior de Apelação têm caminhado no sentido de reconhecer o status constitucional dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Uruguai, como, por exemplo, a sentença n. 428/97, que reconheceu a sobreposição do direito da mãe de saber quem é o pai do seu filho e deste de saber quem é o seu pai, previstos na *Convención de los Derechos del Niño*, sobre o direito do pai à intimidade, consagrado constitucionalmente.⁴²⁰

A questão de hierarquia dos tratados de direitos humanos ainda não se encontra pacificada pela doutrina uruguaia, mas espera-se que os referidos tratados tenham reconhecida sua hierarquia constitucional, como forma de maximizar ainda mais a proteção dos direitos humanos, comumente dos direitos humanos sociais.

⁴²⁰ PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitaria**. Montevideo: Universidad Austral, 2004. p. 429.

CAPÍTULO 4 – DAS ALTERAÇÕES A SEREM IMPLEMENTADAS EM PROL DA EFETIVIDADE FORMAL DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Como explanado na introdução, o objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos países membros do Mercosul, com exceção da Venezuela, ou seja, verificar se os tratados ratificados por esses países e que versam sobre os direitos humanos sociais foram elaborados de modo a fazer cumprir seus preceitos, bem como se há uma adequação entre estes preceitos e o disposto na legislação constitucional de cada país membro do Mercosul.

Nesse sentido, a partir do esboço feito no terceiro capítulo acerca da legislação constitucional interna de cada um dos países membros do Mercosul e de como os direitos sociais são protegidos por cada uma delas, passar-se-á, neste capítulo, a analisar a efetividade formal dos direitos humanos sociais em dois aspectos: 1º - Se buscará verificar se os principais tratados de proteção dos direitos humanos sociais ratificados pelos países membros do Mercosul ou celebrados no âmbito deste, como é o caso da Carta Sociolaboral, foram elaborados no sentido de oportunizar o cumprimento efetivo de seus preceitos e o alcance da conseqüente proteção dos direitos humanos sociais pelos Estados ratificadores; 2º - Se analisará se a legislação interna de cada um dos países membros do Mercosul, com exceção da Venezuela, atende aos preceitos enunciados pelos tratados de proteção dos direitos humanos sociais.

4.1 Dos direitos humanos sociais como direitos fundamentais

4.1.1 Dos direitos humanos e dos direitos fundamentais

Preliminarmente, é preciso distinguir os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, a fim de verificar se os direitos sociais, além de serem direitos humanos, são também direitos fundamentais.

Segundo Sarlet, os direitos fundamentais figuram, de certa forma, como direitos humanos, na medida em que seu titular será sempre o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Porém, o referido autor salienta a importância de se distinguir os dois termos, seja porque há uma ampla discussão na doutrina acerca dessa distinção, seja pelas consequências de ordem prática que dela podem resultar, especialmente no que se refere à interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais e/ou direitos humanos.⁴²¹

Perez Luño também ressalta a importância de se fazer uma distinção entre ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, ensinando que a experiência prática permite advertir que enquanto os crimes praticados na Alemanha nazista, o *apharteid* da África do Sul ou as negações das liberdades políticas e sindicais tidas no Chile de Pinochet possam ser tidos como violações de direitos humanos, carece de sentido encará-los como violações dos direitos fundamentais, na medida em que nenhum desses sistemas políticos reconhecia esses direitos em seu ordenamento jurídico positivo.⁴²²

Para Perez Luño, os direitos fundamentais surgem a partir do processo de positivação interna dos direitos naturais, que tomam os direitos humanos, positivados nos tratados internacionais, como ponto de partida; de modo que os direitos fundamentais corresponderiam àquele conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos pelo Direito Positivo, enquanto que os direitos humanos corresponderiam a um conceito de contornos mais amplos e imprecisos, expressando os direitos naturais reconhecidos no plano internacional.⁴²³

Aproximando-se do pensamento de Perez Luño, Ferrajoli entende os direitos fundamentais como direitos subjetivos que as normas de determinado ordenamento jurídico atribuem, de forma universal, a todos, por serem pessoas ou cidadãos.⁴²⁴ De modo que, a doutrina em geral adota a posição pela qual o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica aos

⁴²¹ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 35.

⁴²² LUÑO, Antônio Henrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 47-48.

⁴²³ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁴²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001. p. 287.

direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ está relacionada àqueles direitos do ser humano que, previstos nos documentos de direito internacional, devem ser reconhecidos independentemente da vinculação com certa ordem constitucional e aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, denotando um caráter supranacional.⁴²⁵

Os direitos humanos não podem ser equiparados aos direitos naturais, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional já revelou a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam da idéia de direito natural. Porém, não se deve esquecer que, na sua vertente histórica, tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais, radicam no reconhecimento, pelo Direito Positivo, dos direitos naturais do homem, assumindo com isso uma dimensão pré-estatal e até, para alguns, supra-estatal.⁴²⁶ Nesse sentido, os direitos naturais corresponderiam àqueles direitos humanos outorgados a todos os seres humanos pela sua mera condição humana e que, por isso, não precisam estar positivados.⁴²⁷

Sarlet assevera que os direitos humanos remetem a uma seara internacional, sendo aqueles direitos contemplados nas normas de Direito Internacional, enquanto os direitos fundamentais correspondem a uma normatização constitucional positiva dos direitos do ser humano; salientando, porém, que reconhecer a diferença entre as duas expressões não significa, de forma alguma, desconsiderar a íntima relação entre elas existente, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948 como nos diversos documentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos, de tal sorte que, no que concerne ao conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais, “está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente –embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional.”⁴²⁸

Rezende de Barros refuta a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e preconiza que o recente uso da expressão “direitos humanos fundamentais” tem a vantagem

⁴²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁴²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36.

⁴²⁷ Ibidem, p. 36.

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

de ressaltar a unidade essencial e indissolúvel entre direitos humanos e direitos fundamentais.⁴²⁹

Sarlet entende, contudo, que a expressão “direitos humanos fundamentais” não tem o condão de afastar a pertinência da distinção por ele proposta entre direitos humanos e direitos fundamentais, embora revele a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes se relacionam com a proteção de certos valores e reivindicações imanentes a todos os seres humanos, destacando, nesse sentido, a fundamentalidade material, que, diferentemente da formal, é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.⁴³⁰

Isso porque, atenta-se para o fato de não existir uma identidade necessária, no que se refere ao elenco dos direitos humanos e fundamentais reconhecidos, entre o direito internacional e as Constituições dos diversos Estados; de sorte que, por vezes, o catálogo de direitos constitucionais fundamentais fica aquém do rol de direitos humanos contemplados nos documentos internacionais.⁴³¹

Sarlet reconhece que embora a fundamentalidade material dos direitos humanos e dos direitos fundamentais seja a mesma, porquanto ambos remetem a direitos do ser humano, a fundamentalidade formal é diferente; o que não nega, pois, a vinculação intrínseca existente entre esses direitos.⁴³²

Neste trabalho, entende-se os direitos humanos como aqueles direitos naturais positivados nas normas internacionais e que, embora comportem um mínimo de conteúdo que é imanente a todo ser humano, não deixam de ter uma dimensão histórica e relativa no que se refere às diferentes conotações que lhes podem ser conferidas a depender da realidade sob a qual se desenvolvam.⁴³³

Já os direitos fundamentais devem ser tidos como direitos naturais positivados nos Ordenamentos Constitucionais de cada Estado, que guardam uma intrínseca relação com os

⁴²⁹ BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos humanos** – paradoxo da civilização. Rio de Janeiro: del Rey, 2007. p. 29-31.

⁴³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁴³¹ Ibidem, p. 39.

⁴³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39.

⁴³³ BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119. p. 67-68.

direitos humanos – de dimensão internacional-, mas que não necessariamente vão se identificar com eles.

Ressalte-se, porém, que essa positivação não precisa ser necessariamente expressa, podendo haver a previsão implícita de direitos fundamentais no texto constitucional, que vão decorrer, na verdade, dos direitos fundamentais expressamente positivados. Além do que, a dimensão material dos direitos fundamentais coincide ontologicamente com a concepção dos direitos do homem ou com a concepção também material dos direitos humanos, havendo distinção apenas no que se refere à positivação, ou seja, à dimensão formal.⁴³⁴

Segundo Vieira Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto característico que define tanto os direitos humanos como os direitos fundamentais, consistindo na concepção material ou fundamentalidade desses direitos.⁴³⁵ Na mesma linha de pensamento, Gonet Branco assere que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir do valor da dignidade humana”; tomando esta como elemento básico dos direitos fundamentais.⁴³⁶

Divergindo dessas posições, Canotilho⁴³⁷ e Miranda entendem que tomar a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da idéia de direitos fundamentais conduz à construção de uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente inadequada, na medida em que “no século XIX, quer, sobretudo no século XX, os direitos tidos como fundamentais são tão latos e numerosos que não poderiam entroncar (ou entroncar directamente) todos na natureza e dignidade da pessoa”.⁴³⁸

⁴³⁴ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 22.

⁴³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 83-85.

⁴³⁶ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de Teoria geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 116.

⁴³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 373.

⁴³⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Direitos Fundamentais. Tomo I. p. 10-11.

Contudo, todos os direitos humanos e fundamentais têm, ao menos de forma indireta, um substrato material no princípio da dignidade da pessoa humana;⁴³⁹ de modo que deve este ser entendido como elemento fundante e essencial daqueles direitos.

No que concerne aos direitos sociais, estes figuram como direitos humanos e como direitos fundamentais, e, mais, como direitos humanos fundamentais, na medida em que são reconhecidos tanto na órbita internacional como no âmbito constitucional de cada um dos Estados que compõem o Mercosul, além de remeterem àqueles valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos e cuja proteção se faz estritamente necessária para se garantir a sua existência digna.

4.1.2 Das dimensões dos direitos fundamentais

Para se verificar a forma pela qual os direitos humanos sociais são concebidos na teoria dos direitos fundamentais, é importante compreender primeiro as chamadas gerações ou dimensões dos direitos humanos, tal como estruturadas por Norberto Bobbio, sendo mister salientar, contudo, que a terminologia que se apresenta como a mais correta para se estudar as várias espécies de direitos fundamentais que se foram surgindo no decorrer da história é dimensão, e não geração, porquanto esta dá a idéia de que esses direitos foram se sucedendo, quando, na realidade, “há uma verdadeira cumulação e interdependência das diversas dimensões dos direitos fundamentais”.⁴⁴⁰

Na concepção de Bobbio, os direitos fundamentais, até chegarem ao seu estágio atual de proteção, se afirmaram historicamente em quatro gerações, que representam etapas de evolução desses direitos e foram construídas em diferentes momentos históricos.⁴⁴¹

A primeira geração de direitos fundamentais, segundo o referido autor, compreende os direitos individuais, ou seja, os direitos civis e políticos, advindos da concepção liberal de Estado delineada pela Revolução Francesa⁴⁴² e que buscam proteger o espaço individualizado do homem e assim se caracterizam porque exigem do Estado uma abstenção, uma atitude

⁴³⁹ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 23.

⁴⁴⁰ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 24.

⁴⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-6.

⁴⁴² Ibidem, p. 5-6.

negativa, ligando-se, pois, à liberdade física, de consciência, de manifestação, de culto, bem como à privacidade, à intimidade, à vida, à segurança e às liberdades políticas.⁴⁴³

A segunda geração, por sua vez, abarca, na visão de Bobbio, os direitos coletivos, ou seja, econômicos, sociais e culturais, surgidos no século XIX e concebidos a partir da exigência, pela classe trabalhadora, da estruturação do Estado Social de Direito, capaz de garantir não só o respeito às liberdades civis e aos direitos políticos, mas também o bem estar da população a partir de uma justiça distributiva capaz de garantir a todos o mínimo para uma subsistência digna.⁴⁴⁴

Os direitos de segunda geração denotam uma dimensão de direitos fundamentais umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade, na medida em que tendentes a proporcionar um certo grau de igualdade material, configurando-se, pois, como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”.⁴⁴⁵

Já a terceira geração remete aos chamados direitos de solidariedade, difusos ou transindividuais, desenvolvidos no século XX, a partir do Estado Democrático de Direito, e no âmbito dos quais se inserem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os direitos do consumidor, o direito à paz, ao desenvolvimento, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à comunicação.⁴⁴⁶

Por fim, a quarta geração de direitos, engloba aqueles relativos à manipulação genética, biotecnologia e bioengenharia, bem como o direito à democracia, informação e pluralismo político.⁴⁴⁷

Bobbio enquadra os direitos fundamentais nessas quatro gerações, porque, segundo ele, do ponto de vista teórico, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são “direitos históricos, ou seja, nascidos de certas circunstâncias, caracterizados por lutas em

⁴⁴³ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 24.

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 7.

⁴⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 285-286.

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 7.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 86.

defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de uma forma gradual, não todos de uma vez nem de uma vez por todas.”⁴⁴⁸

Cançado Trindade faz severas críticas à aplicação da teoria das gerações de direitos fundamentais aos direitos humanos, ensinando que ela foi formulada, pela primeira vez, por Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo, e que relacionou os direitos de primeira geração à liberdade proclamada pela Revolução Francesa; os de segunda geração à igualdade e os de terceira geração à fraternidade, ou seja, solidariedade vinculada aos anseios da Revolução.⁴⁴⁹

Segundo o referido autor, a teoria de gerações de direitos figura-se como fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não acontece na realidade. Isso porque, embora seja verdade que no âmbito do constitucionalismo interno dos países, os direitos individuais tenham surgido primeiro, e depois os direitos econômico-sociais e os de coletividade; no plano internacional, os primeiros direitos a serem reconhecidos foram os direitos econômicos e sociais, com as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, nos anos 20 e 30, de sorte que os direitos individuais só surgiram no plano internacional em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU e a Declaração Americana dos Direitos do Homem e do Cidadão.⁴⁵⁰

Nesse sentido, Cançado Trindade preconiza que a expressão ‘gerações’ é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se comprova, entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos, configurando-se como uma construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica.⁴⁵¹

O referido autor assevera, ainda, que uma construção teórica que divide os direitos humanos em gerações é perigosa, porquanto os direitos humanos, na verdade, figuram como direitos imanescentes à pessoa humana, que, muito embora possam ganhar feições diferentes ao longo da história, não deixam de existir por ganharem nova conotação ou em razão do reconhecimento de novos direitos, sendo que, ao invés de haver uma sucessão de direitos

⁴⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

⁴⁴⁹ TRINDADE, Antônio Cançado. Cançado Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. **Entrevista**. p. 1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2009.

⁴⁵⁰ TRINDADE, Antônio Cançado. Cançado Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. **Entrevista**. p. 1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2009.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 1.

humanos no tempo, há, sim, um processo de cumulação e expansão do *corpus iuris* desses direitos.⁴⁵²

Desse modo, com base nos argumentos de Cançado Trindade, é cabível dizer que embora a teoria de gerações de direitos, difundida por Norberto Bobbio, possa ser aplicada aos direitos fundamentais, tomando-se estes como aqueles direitos constitucionalmente assegurados à pessoa humana pelos Estados em seu âmbito interno, sua aplicação aos direitos humanos mostra-se inadequada, na medida em que o contexto histórico sob o qual se funda as gerações de direitos não se coaduna com a realidade histórica do seu reconhecimento no plano internacional.

Além do que, a aplicação da teoria de gerações, ainda que só aos direitos fundamentais, tem de ser feita com cuidado, pois pode conduzir a um entendimento distorcido e fragmentado desses direitos, ou seja, a um entendimento pelo qual as novas gerações geram a extinção dos direitos anteriormente existentes ou que conceba os direitos de primeira geração como direitos mais importantes do que os demais e que, portanto, devem ter sua realização priorizada pelo Estado.

Como os direitos sociais figuram, ao mesmo tempo, como direitos humanos e fundamentais, não se pode tomá-los, neste trabalho, sob a ótica da teoria das gerações de direitos, pois como o que se pretende é averiguar a sua efetividade formal a partir dos preceitos normativos contidos nos principais tratados internacionais e de um comparativo entre estes e a sua configuração no plano constitucional dos países membros do Mercosul, vislumbrar esses direitos como divididos em gerações seria levar em consideração apenas o seu aspecto como direito fundamental, desconsiderando sua configuração como um direito humano internacionalmente assegurado.

4.1.3 *Das características dos direitos fundamentais*

Os direitos fundamentais possuem, como categoria jurídica voltada a realizar, em toda a sua plenitude, a dignidade do ser humano, algumas características que os diferenciam dos demais direitos, como a historicidade, universalidade, relatividade e constitucionalização.

⁴⁵² TRINDADE, Antônio Cançado. Cançado Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. **Entrevista.** p. 1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2009.

Embora os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos sejam imanentes a todo ser humano, eles se configuram como direitos históricos, isto é, como direitos que são reconhecidos e se desenvolvem de acordo com o contexto sócio-político de cada época e que podem ter sua feição alterada a depender desse mesmo contexto histórico.

Ao tratar da historicidade dos direitos fundamentais, Bobbio destaca que os direitos fundamentais

nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.⁴⁵³

O referido autor também assere que, em razão do seu caráter histórico, os direitos podem não só evoluir, como serem reduzidos ou extintos.⁴⁵⁴ A visão de Bobbio não se apresenta, porém, como a mais acertada, haja vista que os direitos, sejam humanos ou fundamentais, configuram-se como direitos imanentes à condição humana e, por isso, anteriores e superiores ao Estado.

De certo, a existência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais independe da vontade estatal, figurando os tratados ou as Constituições como meros instrumentos de declaração, e não de criação ou constituição desses direitos. Isso não quer dizer que esses direitos não tenham um caráter histórico, pois o seu reconhecimento por parte da comunidade internacional (no caso dos direitos humanos) ou por parte do Constituinte (no caso dos direitos fundamentais) se deu e se dá através da história, nada obstando também que a configuração dada a cada direito também se modifique com o tempo.

Mas o núcleo essencial dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sempre existiu e sempre existirá, e, sendo imanente ao ser humano, não pode ser violado por nenhuma legislação. Nesse sentido, Canotilho assere que o caráter histórico dos direitos fundamentais implica no princípio da proibição de retrocesso social, pelo qual os direitos já garantidos por uma determinada legislação e que já alcançaram certo grau de realização não podem ser reduzidos ou sufragados por legislação posterior.⁴⁵⁵

Segundo Canotilho

⁴⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 20.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 340.

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei da segurança nacional', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.⁴⁵⁶

Isso significa dizer que o núcleo essencial dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, e não todos os aspectos destes, ressalte-se, não pode ter a sua eficácia retirada ou extremamente reduzida pelo legislador a ponto de fazer com que sua previsão constitucional fique sem sentido diante das restrições impostas pela nova legislação infraconstitucional.

Assim como os direitos humanos, os direitos fundamentais também são tidos como direitos universais, na medida em que são destinados a proteger todos os seres humanos e que basta a condição de ser humano para ser titular desses direitos.⁴⁵⁷ Porém, essa concepção universal, seja dos direitos humanos, seja dos direitos fundamentais, tal como defendido no capítulo primeiro deste trabalho, não pode resultar de um modelo de imposição cultural preconcebido por um povo ou pelas nações que se dizem as mais civilizadas do planeta, mas de um diálogo multicultural entre as nações, no caso dos direitos humanos, ou entre os diferentes grupos culturais e comunidades inseridas no âmbito de determinado Estado, no caso dos direitos fundamentais.

A relatividade dos direitos fundamentais funda-se no fato de que não existe hierarquia entre eles, sendo todos dotados de mesmo grau de importância e proteção no âmbito constitucional, de sorte que a eventual prevalência de um direito sobre o outro não é preconcebida constitucionalmente, mas decidida com base em dada situação concreta. Ademais, muito embora estejam situados no topo da hierarquia constitucional, os direitos fundamentais não são absolutos,⁴⁵⁸ podendo sofrer restrições, desde que seu núcleo essencial seja preservado.

Por fim, os direitos fundamentais têm como característica essencial o fato de estarem previstos na Constituição, sendo, aliás, esse o fator que os distingue dos direitos humanos, previstos em tratados e convenções internacionais, conforme visto anteriormente; e ainda

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 340.

⁴⁵⁷ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 22.

⁴⁵⁸ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de Teoria geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 120.

contam com outras características como: a inalienabilidade, pela qual não podem ser transferidos pelo seu titular a outras pessoas, seja a título gratuito ou oneroso; a imprescritibilidade, pois nunca podem deixar de ser exigíveis; e a irrenunciabilidade, que veda ao titular o poder de abrir mão desses direitos; sendo importante notar que há alguns direitos fundamentais que não são dotados de irrenunciabilidade ou imprescritibilidade, como é o caso do direito de propriedade, por exemplo.⁴⁵⁹

4.1.4 *Da eficácia objetiva e subjetiva dos direitos humanos fundamentais*

A percepção da eficácia objetiva e subjetiva dos direitos sociais decorre da adoção da teoria da dupla perspectiva desses direitos, que os vislumbra não só sob a ótica do indivíduo, mas também sob a ótica da coletividade.

Konrad Hesse, ao tratar da dupla perspectiva dos direitos fundamentais no direito alemão, ensina que “nos direitos fundamentais da Lei Fundamental unem-se, distintamente acentuadas e, muitas vezes, em passagens correntes, várias camadas de significados”, de sorte que esses direitos figuram, de um lado, como direitos subjetivos, direitos do particular e, de outro, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.⁴⁶⁰

No que se refere à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, esta começou a ganhar seus delineamentos a partir da Lei Fundamental Alemã de 1949 e da decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso *Lüth*, na qual ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, caracterizando-se também como “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.⁴⁶¹

Segundo Sarlet, a faceta objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêm direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta

⁴⁵⁹ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 39-40.

⁴⁶⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1998, p. 228 e 128.

⁴⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

perspectiva subjetiva e desemboca de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁴⁶²

Isso porque, sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais passam a ser vistos como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas como garantias negativas dos interesses individuais;⁴⁶³ passando os direitos fundamentais a exercer funções relevantes para a sociedade, na medida em que incorpora e expressa seus valores essenciais.⁴⁶⁴

Vislumbrar os direitos fundamentais sob uma perspectiva objetiva significa, portanto, tomá-los como direitos que, embora garantidores de interesses individuais, também têm um importante significado para a sociedade, para o interesse público e para a vida comunitária; o que implica em considerar não só o interesse individual, mas também o interesse público na aplicação desses direitos.

Pela perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais são tidos como direitos subjetivos cuja justiciabilidade pode ser exigida pelo seu titular, ou seja, como direitos que trazem consigo a faculdade do seu titular de exigir judicialmente o seu cumprimento em caso de violação, sendo que, segundo Sarlet, para o titular de um direito fundamental se abre um leque de possibilidades, que se encontram condicionadas, porém, à conformação concreta da norma que o consagra.⁴⁶⁵

Sarlet asseve que os direitos fundamentais, mesmo na sua condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça, em regra, de forma mais acentuada e, acolhendo a proposta formulada por Alexy, entende que a concepção dos direitos fundamentais em sua perspectiva subjetiva deve ser edificada sob o seguinte tripé de posições fundamentais: a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a

⁴⁶² Ibidem, p. 158.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 158.

⁴⁶⁴ ÁVIDA, Marília; SAMPAIO, Sílvia. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 72-73.

⁴⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 167.

prestações); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e c) os poderes (competências ou autorizações).⁴⁶⁶

O referido autor destaca que o problema da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais se encontra intrinsecamente vinculado às diferentes facetas que pode assumir o direito subjetivo fundamental, de sorte que aliado à noção de direito subjetivo em sentido amplo, está, de outro lado, o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade ou justiciabilidade, que, no entanto, é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental.⁴⁶⁷

Sarlet também ensina que para traçar uma distinção suficientemente precisa entre a perspectiva objetiva e subjetiva, é preciso clarificar o que venha a ser essa exigibilidade, já que, de certa forma, a mera possibilidade de “suscitar-se judicialmente o controle da constitucionalidade de um ato normativo não deixa de constituir, sob o ângulo de uma efetivação via judicial, uma faceta da subjetivação inerente a todas as normas constitucionais na condição de direito objetivo”.⁴⁶⁸

Quando Sarlet se refere a direitos fundamentais subjetivos numa perspectiva subjetiva, ele está se referindo à possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram conferidas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.⁴⁶⁹

O referido autor ressalta que a doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.⁴⁷⁰ Esta é, aliás, a posição de Alexy, para quem essa prevalência da perspectiva jurídico-subjetiva se justifica por dois argumentos. Primeiro, porque a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de caráter coletivo) reside na proteção do indivíduo, e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva corresponde, numa primeira linha, a uma espécie de reforço dos direitos subjetivos. E, segundo, porque o fato dos direitos fundamentais terem um caráter principiológico faz com que o reconhecimento de um direito subjetivo

⁴⁶⁶ Ibidem, p. 167-168.

⁴⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 169.

⁴⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 169-170.

signifique um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de caráter meramente objetivo.⁴⁷¹

Galvão Barros discorda da posição de Alexy, ensinando que não se tem como conceber aprioristicamente uma presunção a favor da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, pois tudo vai depender do caso em concreto e da estrutura da norma; da mesma forma que não se pode conceber uma presunção *a priori* da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que acaba albergando o princípio da supremacia do interesse público.⁴⁷²

Nesse sentido, compete ao julgador no caso concreto verificar, a partir do princípio da proporcionalidade, que impõe uma compatibilização dos bens e valores aparentemente em conflito, qual perspectiva deverá prevalecer, se a subjetiva (enfocando o indivíduo) ou a objetiva (priorizando a sociedade).

4.1.5 *Da posição dos direitos humanos sociais na classificação das normas de direitos fundamentais*

Não é objetivo deste trabalho desenvolver uma classificação própria dos direitos fundamentais nem analisar qual dentre as várias classificações adotadas pelos doutrinadores apresenta-se como sendo a melhor, de modo que se partirá dos ensinamentos de Gonet Branco, que classifica as normas garantidoras de direitos fundamentais em três espécies: direitos fundamentais de defesa, direitos fundamentais à participação e direitos fundamentais a prestações, subdividindo estes em direitos a prestações materiais e direitos a prestações jurídicas.⁴⁷³

É importante destacar que a inclusão dos direitos fundamentais em uma ou outra espécie se baseia no critério da predominância do elemento defensivo ou prestacional, já que tanto os direitos de defesa podem, em certa medida, apresentar um caráter prestacional, quanto os direitos a prestação podem, de certa forma, requerer uma abstenção por parte do Estado.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat n. 29 (1990), p. 49 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 169.

⁴⁷² BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 22.

⁴⁷³ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 159.

⁴⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 183-184.

4.1.5.1 Dos direitos fundamentais como direitos de defesa

Os direitos fundamentais de defesa se consubstanciam em normas que buscam defender os indivíduos contra ingerências indevidas do Estado em sua esfera de liberdade individual, de modo a lhes assegurar um espaço onde possam se autodeterminar de acordo com o seu livre arbítrio, muito embora também implique no dever estatal de adotar medidas voltadas a proteger essa liberdade – o que, de certa forma, como consequência, caracteriza um dever de prestação.⁴⁷⁵

Com efeito, os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, buscam assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade, outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal, resultando, pois, numa obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, no sentido de não haver ingerência, por parte desses, na esfera de liberdade individual, salvo em determinadas hipóteses e sob certas condições.⁴⁷⁶

Configuram-se como direitos fundamentais de defesa as liberdades civis e políticas, o direito à vida, bem como o direito de propriedade, sendo que Sarlet também inclui no âmbito desses direitos de defesa o direito à igualdade, por entender que este protege os indivíduos contra as discriminações negativas.⁴⁷⁷

Vale ressaltar que o espectro dos direitos de defesa não exige apenas uma abstenção por parte do Estado, mas também dos entes particulares, no que concerne a não violação da esfera de liberdade individual, detendo, pois, uma eficácia horizontal (ou privada).⁴⁷⁸

No âmbito dos direitos fundamentais de defesa, é necessário se fazer a distinção entre direitos individuais, direitos individuais de expressão coletiva e direitos coletivos, na medida em que esses direitos configuram-se, em princípio, como direitos de defesa, visando preponderantemente limitar o poder estatal e se enquadrando nos clássicos direitos de liberdade.

⁴⁷⁵ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 49.

⁴⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 186.

⁴⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 186-187.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 182-183.

Os direitos individuais e os direitos individuais de expressão coletiva correspondem aos direitos fundamentais de tradição liberal,⁴⁷⁹ sendo que enquanto os direitos individuais consubstanciam direitos fundamentais do homem-indivíduo, garantindo sua independência e autonomia; os direitos individuais de dimensão social pressupõem a atuação de mais de um indivíduo, ou seja, embora continuem a ser individuais, esses direitos se utilizam da coletividade como instrumento para o seu exercício.⁴⁸⁰

Os direitos coletivos típicos, por sua vez, configuram-se como direitos fundamentais que têm como titular uma coletividade (ou entes coletivos) e não o indivíduo. No rol desses direitos, encontra-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à autodeterminação dos povos, o direito à paz etc.

No que se refere aos direitos sociais, destaca-se que estes podem se configurar tanto como direitos a prestação, quando exigirem uma ação estatal efetiva no sentido de garantir condições mínimas de subsistência, quanto como direitos de defesa, veiculando verdadeiras concretizações do direito de liberdade.⁴⁸¹

4.1.5.2 Dos direitos fundamentais como direitos à participação

Os direitos fundamentais à participação são aqueles que têm por objetivo garantir a participação do cidadão na formação da vontade coletiva do Estado, havendo quem sustente a natureza mista desses direitos, situando-os em uma linha de meio termo entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos a prestações, como é o caso de Vieira de Andrade⁴⁸² e Pereira e Farias⁴⁸³; havendo, ainda, quem vislumbre esses direitos como direitos prestacionais à organização e ao procedimento, como defende Alexy.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 182-183.

⁴⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 174.

⁴⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 183.

⁴⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 192-194.

⁴⁸³ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e à Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação**. 2 ed. Porto Alegre: S. A. Fabris editor, 2000. p. 92.

⁴⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191.

Gonet Branco, porém, optou por situá-los em uma categoria própria, por não se ter como definir com clareza se o que prepondera nesses direitos é a característica de defesa ou a de prestação; o que parece ser a decisão mais acertada em termos de sua efetividade.⁴⁸⁵

4.1.5.3 Dos direitos fundamentais como direitos à prestação

Os direitos fundamentais a prestação são aqueles que exigem uma “ação do Estado no sentido de atenuar as desigualdades e libertar os indivíduos de suas necessidades”, configurando-se como típicos direitos de promoção ou de prestação positiva, que se distinguem dos direitos de defesa não apenas quanto à sua finalidade, mas também no que concerne ao seu modo de exercício e eficácia.⁴⁸⁶

Esses direitos fundamentais sociais a prestações se dividem em direitos a prestações normativas estatais (prestações jurídicas), direitos a prestações em sentido estrito, isto é, direitos a prestações materiais e, ainda, nos chamados direitos prestacionais de cunho eminentemente programático; sendo que a eficácia que cada direito social a prestações poderá alcançar dependerá da forma pela qual foi positivado no texto constitucional, bem como das peculiaridades do seu objeto.⁴⁸⁷

Os direitos a prestações jurídicas ou prestações normativas estatais são aqueles “cujo objeto consiste numa prestação normativa por parte do Estado, ou seja, na normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental”.⁴⁸⁸ Segundo Gonet, essa prestação normativa pode conduzir à edição de normas jurídico-penais ou de normas de organização e procedimento. No primeiro caso, o objetivo é coibir a prática de atos violadores dos direitos e garantias fundamentais, enquanto que, no segundo caso, busca-se a criação, na lei, de estruturas organizacionais voltadas a dar sentido aos direitos fundamentais, bem como a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 151.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁴⁸⁷ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 282-283.

⁴⁸⁸ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal, 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 58.

⁴⁸⁹ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 143-144.

O Ministro Gilmar Mendes inclui nessa categoria todos aqueles direitos fundamentais que dependam da ação estatal voltada à criação ou conformação de órgãos (direito à organização), assim como os de caráter normativo que sejam destinados a ordenar a fruição de determinados direitos e garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça, direito à proteção judiciária, direito de defesa etc.).⁴⁹⁰

Os direitos a prestações em sentido estrito ou direitos a prestações materiais correspondem aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, previdência e assistência social, direito de assistência à maternidade etc., e buscam atenuar as desigualdades existentes na sociedade, assegurando uma justiça distributiva, ou seja, que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade por um maior número de indivíduos.⁴⁹¹

No que concerne aos direitos a prestações materiais, Canotilho faz uma distinção entre direitos originários a prestações e direitos derivados, explicando que enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que podem ser deduzidos diretamente do texto constitucional, não necessitando a intervenção do legislador ordinário para lograr aplicação sobre as relações jurídicas; os direitos derivados a prestação correspondem a posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais, mas sim da concretização de tais normas pelo legislador ordinário.⁴⁹²

Essa distinção é importante, pois, como grande parte dos direitos sociais prestacionais demandam uma intervenção do legislador ordinário para produzir seus plenos efeitos, questiona-se o seguinte: qual é o grau de efetividade dessas normas quando o legislador infraconstitucional deixa de regulamentá-las? A previsão constitucional dos direitos a prestações materiais já autoriza, por si só, a justiciabilidade dos seus preceitos? Até que ponto pode o Estado argumentar com a impossibilidade de recursos orçamentários para efetivá-los? Essas e outras questões serão abordadas nos tópicos seguintes deste trabalho.

Já os direitos a prestações expressos em normas de caráter eminentemente programático correspondem àqueles direitos sociais positivados como normas definidoras de programas, fins e tarefas a serem cumpridos pelo Estado.

⁴⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44-45.

⁴⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 192.

⁴⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 477.

4.2 Da justiciabilidade dos direitos humanos sociais segundo a legislação constitucional dos Estados Membros do Mercosul

4.2.1 *Efetividade dos direitos sociais de defesa nas Constituições dos Estados Membros do Mercosul*

Como visto em linhas anteriores, os direitos sociais podem se configurar não só como direitos a prestações, mas também como direitos de defesa, de modo que há direitos sociais que protegem o indivíduo contra ingerências do Estado e, por isso, devem ser tidos como verdadeiros direitos de defesa.

Os direitos fundamentais de defesa, por exigirem uma abstenção por parte do Estado, no sentido deste não interferir na esfera de autonomia individual, são direitos sob os quais o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais tem plena eficácia, ou seja, são direitos que assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maiores controvérsias, nas doutrinas dos Estados Membros do Mercosul, em torno de sua auto-executoriedade ou aplicabilidade imediata e justiciabilidade.⁴⁹³

Isso porque os direitos sociais de defesa veiculam verdadeiras concretizações do direito de liberdade, não exigindo do Estado nenhum tipo de prestação, nem material nem jurídica, mas apenas uma abstenção, no sentido de não violar a esfera de liberdade individual. É o caso, por exemplo, do direito à liberdade de associação profissional ou sindical dos trabalhadores, que busca proteger os trabalhadores contra ingerências indevidas do Estado na sua esfera de liberdade pessoal, de modo a lhes assegurar um espaço onde possa se autodeterminar de acordo com o seu livre arbítrio.⁴⁹⁴

Garcia de Enterría, analisando a Constituição Espanhola, assere que, como os direitos sociais de defesa consubstanciam-se em deveres de abstenção ou omissão por parte do Estado em relação ao âmbito de autodeterminação dos indivíduos, a mera ausência de lei não constitui obstáculo à sua plena realização, porquanto, de regra, nada mais se exige do Estado do que permanecer omissos.⁴⁹⁵

Assim, as liberdades sociais consagradas constitucionalmente equivalem, em razão de sua função essencialmente defensiva e por sua estrutura normativa, aos clássicos direitos de

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 258.

⁴⁹⁴ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 55.

⁴⁹⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 65.

liberdade, requerendo uma abstenção por parte do destinatário e não requerendo a alocação de recursos ou a concretização legislativa.⁴⁹⁶

A aplicabilidade imediata e a plena eficácia desses direitos fundamentais encontram respaldo na circunstância de que as normas que os consagraram receberam co Constituinte, em regra, a suficiente normatividade, que faz com que os referidos direitos independam de concretização legislativa e sejam dotados de auto-executoriedade.⁴⁹⁷

Quanto à justiciabilidade dos direitos sociais de defesa, pode-se dizer que não há maiores obstáculos ao seu reconhecimento por parte das doutrinas argentina, brasileira, uruguaia e paraguaia, que conferem a estes direitos, ligados à idéia de liberdade, aplicabilidade imediata. Contudo, o fato da Constituição Paraguaia delegar à legislação infraconstitucional o poder de regulamentar os direitos fundamentais, retira, em grande medida, a noção de eficácia imediata das garantias contempladas.⁴⁹⁸

No plano da efetividade dos direitos fundamentais, comumente dos direitos sociais, a maior dificuldade encontra-se, de fato, no reconhecimento da justiciabilidade dos direitos sociais a prestações pelos respectivos regimes constitucionais.

4.2.2 Efetividade dos direitos sociais a prestações e dos direitos sociais expressos em normas programáticas nas Constituições dos Estados Membros do Mercosul

Os direitos sociais a prestação são aqueles que demandam uma ação positiva do Estado, seja no sentido de editar norma regulamentadora, seja no sentido de proporcionar condições mínimas de subsistência aos indivíduos a partir de critérios de justiça distributiva e que se encontram estritamente vinculados a fatores econômicos e políticos no âmbito de cada Estado. Esses direitos encontram-se intimamente vinculados a tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem;⁴⁹⁹ razão pela qual a busca constante pela maximização de sua efetividade figura como preocupação central deste trabalho.

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang . **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 277.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 276.

⁴⁹⁸ SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36, n. 142, abr./jun. de 1999. p. 8. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-17.PDF>. Acesso em 16 de dezembro de 2008.

⁴⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 286.

Ocorre que, justamente por exigirem um comportamento ativo por parte do Estado, os direitos a prestações acabam por suscitar dificuldades diversas,⁵⁰⁰ que conduzem boa parte dos doutrinadores, inclusive nos diferentes países do Mercosul, a negar-lhes justiciabilidade ou exigibilidade imediata e, em razão disso, plena efetividade.

Porém, não se pode olvidar que como são normatizados constitucionalmente, os direitos sociais a prestações, por menor que seja sua densidade normativa a nível constitucional, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, em virtude de sua natureza fundamental, muito embora o grau de efetividade, aqui entendida como realização prática do direito, que cada direito fundamental a prestações poderá alcançar dependerá da forma pela qual foi positivado no texto constitucional, bem como das peculiaridades do seu objeto.⁵⁰¹

Bastos entende que a regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este somente será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma consagradora do direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar aplicabilidade, ou seja, a geração de seus principais efeitos sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador.⁵⁰²

Nesse sentido, tem-se que os direitos sociais prestacionais, embora sejam direitos fundamentais, não são dotados de auto-executoriedade, dependendo de uma ação prestacional normativa ou material por parte do Estado, e sem a qual não se tem como falar na sua efetivação.⁵⁰³

Mas o fato dos direitos sociais prestacionais dependerem de uma ação prestacional normativa ou material estatal não pode servir de obstáculo à sua justiciabilidade, isto é, exigibilidade judicial, competindo ao Poder Judiciário exigir do Poder Legislativo e/ou Executivo a realização da ação necessária à sua plena concretização.

⁵⁰⁰ Ibidem, p. 258.

⁵⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 282-283.

⁵⁰² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁵⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

Como visto no tópico anterior, os direitos fundamentais sociais a prestações se dividem em direitos a prestações normativas estatais (prestações jurídicas), direitos a prestações em sentido estrito, isto é, direitos a prestações materiais e, ainda, nos chamados direitos prestacionais de cunho eminentemente programático.⁵⁰⁴

Segundo essa classificação, construída por Gonet Branco, os direitos a prestações jurídicas são aqueles que exigem a normação estatal do bem jurídico protegido como direito fundamental; os direitos a prestações materiais, que buscam atenuar as desigualdades sociais a partir de políticas públicas voltadas a garantir um mínimo de subsistência digna à população e os direitos sociais de caráter programático enunciam metas e programas a serem cumpridos pelo Estado.⁵⁰⁵

Os direitos a prestações materiais são subdivididos por Canotilho em direitos originários, concernentes a prestações deduzidas diretamente do texto constitucional, e em direitos derivados, dependentes de regulamentação por parte do legislador ordinário.⁵⁰⁶

Sarlet adota uma posição um pouco diferenciada, subdividindo os direitos sociais a prestação nas seguintes espécies: direitos sociais a prestações normativas; direitos sociais a prestações materiais (também chamados de direitos sociais a prestações em sentido estrito) e os direitos sociais prestacionais de cunho eminentemente programático.⁵⁰⁷

Os direitos sociais a prestações normativas são aqueles que dependem da edição de leis infraconstitucionais para alcançarem a plena realização de seus preceitos e, nesse sentido, obrigam o Poder Público a editar a legislação infraconstitucional necessária, por força, inclusive, da eficácia vinculante “que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 282-283.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 282-283.

⁵⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 477.

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 282-283.

⁵⁰⁸ Isso porque, segundo Mendes, o Mandado de Injunção, concebido para assegurar direitos e liberdades constitucionais sempre que a falta de norma infraconstitucional regulamentadora torna inviável seu exercício (CF, art. 5º, LXXI), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º), destinada a tornar efetiva norma constitucional, “expressam, no plano material, o efeito vinculante para o legislador das normas que exclamam expedição de ato normativo”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

A previsão desses dois remédios constitucionais indica que embora os direitos sociais a prestações não sejam direitos auto-executáveis, são eles direitos plenamente justiciáveis, cabendo ao Poder Judiciário suprir a omissão legislativa, no intuito de conferir plena efetividade aos direitos fundamentais sociais. Porém, dentre as Constituições dos países membros do Mercosul, apenas a Carta Brasileira traz a possibilidade de mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.⁵⁰⁹

Os direitos sociais a prestações materiais (direitos sociais a prestações em sentido estrito), por sua vez, são aqueles que não configuram um direito de igualdade baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; consubstanciando-se mais como direitos discriminatórios com propósitos compensatórios, requerendo, por isso, uma ação efetiva do Estado, não apenas no sentido de editar leis regulamentadoras, mas também na estruturação e consecução de políticas públicas voltadas a minimizar as desigualdades sociais.⁵¹⁰

Integram o rol desses direitos, o direito ao trabalho, à educação, à assistência e previdência social, sendo que embora tais direitos estejam consagrados constitucionalmente como direitos fundamentais, deve-se verificar em que medida podem ser justicializados, pois sua satisfação depende de uma série de pressupostos de caráter econômico, político e jurídico, de modo que sua tutela constitucional opera um fenômeno de *transmutação* ao converter situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas.⁵¹¹

Salienta-se que os direitos sociais a prestações materiais possuem, além da dimensão positiva, uma dimensão negativa, pois a prestação que constitui seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os direitos de defesa podem, em certa medida, reclamar uma conduta estatal positiva, como é o caso de alguns direitos políticos ou que dependem de concretização legislativa.⁵¹²

⁵⁰⁹ Nesse sentido, ensinam SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**, Um estúdio del Derecho Comparado. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1996. p. 97; bem como SCHAËFER, Jaito Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. CEJ, vol. 3. n. 9, set./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/242/404>>. Acesso em 15 de maio de 2009.

⁵¹⁰ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 105.

⁵¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7-8.

⁵¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 282-283.

Bonavides assere que os direitos sociais a prestações materiais nem sempre são resgatáveis por “exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”, preconizando que, inicialmente, esses direitos foram tidos como programáticos e, por isso, não dotados de justiciabilidade, situação esta que, segundo o referido autor, parece caminhar para o fim desde que recentes Constituições, como a do Brasil de 1988, formularam o preceito da sua justiciabilidade.⁵¹³

Desse modo, a tendência, para Bonavides, é a de que os direitos fundamentais sociais se tornem tão justiciáveis quanto os direitos civis e políticos, sendo que não se admitirá mais o descumprimento dos referidos direitos por parte do Estado só sob o argumento de que se encontram sedimentados em normas constitucionais de caráter programático; sendo certo, porém, que até então prevalecia em quase todos os sistemas jurídicos a noção de que apenas os direitos civis e políticos eram dotados de aplicabilidade imediata, enquanto os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, via legislador.⁵¹⁴

Nesse sentido, os direitos sociais hoje inseridos na Constituição Brasileira subdividem-se em três grupos: aqueles que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; os que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e os que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora; não se limitando mais às chamadas normas programáticas.⁵¹⁵

No primeiro grupo, insere-se o direito a liberdade de associação profissional, cabendo ao Estado apenas reconhecer esse direito, estando impossibilitado de reprimir qualquer manifestação nesse sentido. Já o segundo grupo, referente aos direitos exigíveis do Estado, abrange os direitos à aposentadoria e à saúde, sendo que a ausência de prestação estatal nesses casos é sempre tida como inconstitucional e sancionável. Por fim, o terceiro grupo de direitos sociais refere-se àqueles direitos cuja aplicabilidade depende da lei, com é o caso do direito de greve e da participação dos lucros da empresa pelos empregados.⁵¹⁶

Na Carta Argentina, muitos dos direitos sociais, enunciados no Artigo 14 e 14 bis, foram expressos de forma programática ou como direitos de exigibilidade vinculada à regulamentação pelo legislador ordinário, havendo, contudo, casos em que prevalece o

⁵¹³ Ibidem, p. 564-565.

⁵¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 565-566.

⁵¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96-97.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 96-97.

entendimento da aplicabilidade imediata ou auto-executoriedade (direitos *self-executing*), como é o caso do dispositivo que trata da estabilidade no emprego. A referida Constituição não conta com nenhum dispositivo específico que verse sobre a eficácia dos direitos fundamentais.⁵¹⁷

A Constituição Paraguaia prevê em seu âmbito um grande rol de direitos fundamentais, determinando, porém, a sua regulamentação por lei, consoante o disposto no Artigo 131; de modo que como há disposição expressa delegando à legislação infraconstitucional o poder de regulamentar os direitos fundamentais, a eficácia imediata das garantias contempladas fica prejudicada.⁵¹⁸

É importante salientar, contudo, que a Constituição Paraguaia estabelece, em seu Artigo 45, que a falta de lei regulamentadora não poderá ser invocada para negar ou menosprezar algum direito ou garantia, podendo-se auferir daí que a omissão do legislador ordinário com relação aos direitos fundamentais, inclusive os sociais, não poderá obstar a plena realização desses direitos, cabendo ao Poder Judiciário, nesses casos, preencher a lacuna deixada pelo legislador.

A Carta Uruguaia consagra a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais no seu Artigo 332, pelo qual os direitos e garantias reconhecidos em seu texto aos indivíduos, bem como as faculdades e os deveres impostos às autoridades públicas não deixam de ter aplicabilidade pela falta de regulamentação respectiva, devendo a lacuna ser suprida através do emprego de leis análogas, dos princípios gerais de direito ou, ainda, das doutrinas geralmente admitidas.

Percebe-se que embora os direitos sociais a prestações jurídicas e materiais sejam direitos não auto-executáveis, na medida em que dependem de uma ação legislativa ou administrativa estatal, não se pode negar a sua justiciabilidade, isto é, a possibilidade do Poder Judiciário, enquanto fomentador do cumprimento das leis e da Constituição, de exigir do Poder Legislativo e/ou Executivo que edite a lei ou realize o ato administrativo necessário

⁵¹⁷ SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**, Um estudio del Derecho Comparado. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996. p. 97.

⁵¹⁸ SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36, n. 142, abr./jun. de 1999. p. 8. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-17.PDF. Acesso em 16 de dezembro de 2008.

à concretização do direito social, ou de, até mesmo, aplicar imediatamente o direito em causa através do emprego da analogia ou dos princípios gerais do direito.⁵¹⁹

Assim, embora inquestionável que compete, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Poder Judiciário, embora em caráter excepcional, e especialmente no que concerne a políticas públicas definidas pelo próprio texto constitucional, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem seus respectivos encargos, vierem a comprometer, com a sua omissão, a integridade dos direitos sociais e culturais impregnados na estatura constitucional.⁵²⁰

Até porque, assim como os direitos civis e políticos, os direitos sociais, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação e ao trabalho, também têm como titular o homem na sua individualidade e não podem ter sua eficácia comprometida por uma inação do Poder Público; o que requer a sua consideração como verdadeiros direitos públicos subjetivos geradores da faculdade do particular de acionar o Judiciário em caso de omissão da prestação social garantida pela norma constitucional.⁵²¹

A grande dúvida que se impõe, contudo, é em que medida essa garantia de justiciabilidade conferida aos direitos fundamentais sociais pelas respectivas Constituições dos países membros do Mercosul pode gerar uma efetiva concretização dos direitos sociais a prestações, tanto no aspecto de prestações normativas, quanto no sentido de prestações materiais.

Nesse sentido, há um entendimento doutrinário pelo qual a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível.⁵²² De modo que aqueles direitos são tidos pela legislação e pela

⁵¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2º Turma, Julgamento: 22/11/2005, p. 1. AI 677274/SP, Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009.

⁵²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2º Turma, Julgamento: 22/11/2005, p. 1. AI 677274/SP, Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009.

⁵²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2º Turma, Julgamento: 22/11/2005, p. 1-2. AI 677274/SP, Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009.

⁵²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

doutrina dos países membros do Mercosul como direitos cuja concretização está estritamente vinculada aos limites orçamentários, a chamada reserva do possível, que será enfocada no tópico que se segue.

4.2.2.1 Reserva do Possível

Pela Reserva do Possível, o juiz, ou mesmo o Poder Público, não pode efetivar ou desenvolver direitos, comumente os direitos sociais a prestações materiais, sem que existam recursos materiais para tanto, de modo que o real cumprimento do direito prestacional fica condicionado à efetiva disponibilidade de recursos, porquanto não se pode gastar aquilo que não se tem.⁵²³

A Teoria da Reserva do Possível é defendida por parte relevante da doutrina (Lima Lopes⁵²⁴, Ministro Gilmar Mendes,⁵²⁵ Miguel Pangrazio⁵²⁶ e Radil⁵²⁷), que entende que a efetivação dos direitos sociais a prestações depende da real existência de recursos voltados ao cumprimento da obrigação que implicam ao Estado. Segundo essa parcela da doutrina, a limitação dos recursos constitui um limite fático à efetivação dos direitos sociais.⁵²⁸

Sarlet relata que no âmbito da Reserva do Possível a concretização das prestações reclamadas fica condicionada à conjuntura econômica, salientando que a problemática da existência de recursos materiais disponíveis, conjugada à problemática em torno da possibilidade jurídica de disposição desses recursos pelo Estado acabou por conduzir à colocação dos direitos sociais a prestações materiais sob o enfoque da Reserva do Possível.⁵²⁹

Segundo Canotilho, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica são exatamente os seus custos. Isso porque, enquanto os direitos de liberdade podem ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem-se os cofres públicos, os direitos sociais pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do

⁵²³ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 146.

⁵²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131.

⁵²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 8.

⁵²⁶ PANGRAZIO, Miguel Angel. **Tratado de derecho público**. Asunción: S.R.L., 1996. p. 220-222.

⁵²⁷ RADIL, Bernadino Cano. **Manual de derecho constitucional e político** – la legitimación del poder y su problemática La Sociedad Política Organizada. Asunción: Catena, 2003. p. 366-367.

⁵²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 288.

⁵²⁹ Ibidem, p. 288-289.

Estado. Nesse sentido, Canotilho assere que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.⁵³⁰

Para os que defendem a Reserva do Possível, os consideráveis custos dos direitos prestacionais fazem com que a realização de determinados direitos sociais a prestações implique na viabilização da consecução de outros, o que remete ao Legislativo, que tem legitimidade democrática, o poder de avaliar quais seriam os direitos sociais prestacionais mais caros à sociedade.⁵³¹

Vieira de Andrade, partindo da premissa de que a Constituição não tem como oferecer critérios para a decisão relativa às prestações que deverão ser priorizadas pelo Estado, entende que essa decisão deve ser deixada ao encargo dos órgãos políticos (em especial do legislador), a quem compete definir as linhas gerais das políticas públicas no âmbito socioeconômico.⁵³²

Com efeito, para a doutrina da Reserva do Possível, trata-se de um problema eminentemente de competência, na medida em que outorgar ao Poder Judiciário a função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador implicaria afronta ao princípio da separação de poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.⁵³³

Segundo essa linha de entendimento, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.⁵³⁴ Já ao Executivo, enquanto administrador, cabe se ater às condições fornecidas pelo Legislativo a partir do orçamento do Estado.⁵³⁵

No Brasil, parte da doutrina adota o entendimento pelo qual a efetividade dos direitos sociais prestacionais encontra-se vinculada à reserva do possível, o seja, à existência de recursos materiais disponíveis, bem como à capacidade jurídica do Estado de alocá-los; muito

⁵³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 477.

⁵³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 286.

⁵³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 200-202.

⁵³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 286.

⁵³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 369.

⁵³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 206.

embora autores como Sarlet questionem até que ponto esses aspectos têm o condão de impedir a plena efetivação e realização daqueles direitos.⁵³⁶

Ora, a barreira orçamentária não pode ser tida como absoluta e intransponível, tal como pretende a doutrina defensora da Reserva do Possível, não se podendo limitar o esforço concretizador do intérprete a uma lei orçamentária, que nem sempre é justa.⁵³⁷ Além do que, não se pode perder de vista que a Reserva do Possível é uma teoria construída a partir da dogmática alemã e da realidade alemã, não tendo como vislumbrar o intenso déficit social que assola os países membros do Mercosul e demais países em desenvolvimento.

Isso não significa dizer que a teoria da Reserva do Possível é de todo inadequada aos países membros do Mercosul, mas que o intérprete constitucional dos direitos fundamentais sociais, nestes países, não pode apenas se ater aos argumentos lógicos, devendo sopesar os diversos valores para, no caso concreto, extrair do conteúdo da norma a interpretação mais adequada à realidade subjacente.⁵³⁸

Compete ao magistrado, ao decidir acerca da exigibilidade dos direitos sociais no caso concreto, inverter o ônus da prova para compelir o Estado a provar que, efetivamente, não tem recursos suficientes em nenhuma de suas rubricas orçamentárias; sendo que, na existência parcial de recursos, deve o intérprete zelar pela concretização parcial do conteúdo normativo.⁵³⁹

Nas palavras de Schäfer, diante da inoperância legislativa e executiva de um país para com a consecução plena dos direitos sociais, pode o Poder Judiciário concretizá-los, tornando viva a vontade constitucional sem, com isso, usurpar a competência do legislativo.⁵⁴⁰

Essa também é a posição de Krell, segundo o qual

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

⁵³⁶ Ibidem, p. 290.

⁵³⁷ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 147.

⁵³⁸ Ibidem, p. 148.

⁵³⁹ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 148.

⁵⁴⁰ Ibidem, p. 148.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais depende naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação destes pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes. No entanto, está com razão José Alcebiades quando afirma que ‘a consolidação dos direitos sociais e sua consequente implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política’.⁵⁴¹

Entende-se, pois, que o fato dos direitos sociais a prestações materiais dependerem da existência de recursos disponíveis não obsta a sua justiciabilidade, podendo a questão ser levada a juízo. A peculiaridade que é inerente aos direitos sociais deve vincular-se não à possibilidade do seu titular de exigir a realização da prestação em juízo, mas à forma pela qual o magistrado garantirá ou não a realização da prestação pleiteada no caso concreto; de modo que, o intérprete deve sempre partir do pressuposto de que os direitos sociais a prestações, enquanto direitos humanos e fundamentais, são direitos dotados de exigibilidade e cuja concretização só poderá ser sufragada nos casos em que o Estado efetivamente conseguir provar a inexistência de recursos orçamentários.

Além do que, parte considerável da doutrina e da jurisprudência já entende que há um mínimo existencial que o Estado não pode deixar de atender, nem mesmo sob o argumento de carência de recursos, como se verá adiante.

4.2.2.2 Mínimo Existencial

Segundo Krell, a Teoria do Mínimo Existencial, também chamada de Mínimo Vital ou Social, foi construída pela Doutrina Alemã do pós-guerra, sendo que mediante uma interpretação sistemática do princípio do Estado Social previsto no Artigo 20, inciso I, da Lei Fundamental de Bonn, a Corte Constitucional Alemã conseguiu extrair dos direitos à vida e à integridade física, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana o direito a um mínimo de existência, que deveria ser desenvolvido pelo Poder Judiciário a partir de uma casuística gradual e cautelosa.⁵⁴²

Pela Teoria do Mínimo Existencial, deve o Estado Social garantir uma existência digna aos indivíduos, isto é, criar condições favoráveis ao desenvolvimento da personalidade

⁵⁴¹ KRELL, Andréas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000. p. 31.

⁵⁴² KRELL, Andréas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000. p. 42.

humana em todos os seus âmbitos, buscando oferecer aos seus cidadãos a igualdade de oportunidades que a pobreza, por si só, já é capaz de retirar.⁵⁴³

Nesse sentido, o Estado Social tem a obrigação de “controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um ‘*status*’ mínimo de satisfação das necessidades pessoais”.⁵⁴⁴ Isso significa dizer que compete ao Estado garantir, no mínimo, a fração nuclear da dignidade da pessoa humana, cuja eficácia positiva ou simétrica deve ser realizada no sentido de se reconhecer a exigibilidade da prestação em si perante o Poder Judiciário.⁵⁴⁵

Nas palavras de Barcellos,

[...] o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas de existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.⁵⁴⁶

As condições básicas de existência de toda e qualquer pessoa, por estarem vinculadas à fração nuclear da dignidade da pessoa humana, devem ser garantidas pelo Poder Judiciário, nos casos de omissão do Poder Legislativo e do Executivo; não cabendo àquele, porém, agir para além dessa fração nuclear básica, sob pena de invadir o espaço próprio das deliberações e políticas públicas.

De fato, os direitos sociais a prestações materiais inseridos na fração nuclear da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação e à habitação, configuram-se como direitos subjetivos, isto é, justiciáveis, devendo ser efetivamente implementados pelo Judiciário em caso de omissão legislativa e executiva.⁵⁴⁷

Há que se retomar a distinção, porém, entre direitos sociais originários e direitos sociais derivados à prestação. Os direitos originários são aqueles que podem ser deduzidos

⁵⁴³ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 149.

⁵⁴⁴ KRELL, Andréas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000. p. 42.

⁵⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 248.

⁵⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2º Turma, Julgamento: 22/11/2005, p. 1-2. AI 677274/SP, Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009.

diretamente das normas constitucionais que os consagram, ou seja, aqueles direitos dos cidadãos ao “fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta desses bens e/ou serviços por parte do Estado”, enquanto que os direitos derivados podem ser definidos como “posições jurídico-subjetivas deduzidas não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a prestações, mas, sim, da concretização destas pelo legislador ordinário”.⁵⁴⁸

A esse respeito, Canotilho ensina que pode-se afirmar a existência de direitos originário a prestações quando a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações a eles inerentes.⁵⁴⁹

Segundo Sarlet, não há muita controvérsia acerca da possibilidade dos direitos derivados à prestação gerarem direitos subjetivos. A controvérsia se cinge, assim, à possibilidade dos direitos originários à prestação outorgarem direitos subjetivos.⁵⁵⁰

Sarlet ensina que mesmo entre os autores mais liberais, admite-se a existência de hipóteses nas quais não é possível investir o particular de um direito subjetivo a determinada prestação estatal, sem regulamentação prévia dessa legislação por parte do legislador ordinário.⁵⁵¹

Esse é o entendimento de Barroso, para quem nas situações em que a norma constitucional expressamente transfere ao legislador ordinário a tarefa (ou o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, só após este ato de intermediação é que a prestação devida pelo destinatário tornar-se-á exigível.⁵⁵²

Bandeira de Mello asseve que o direito originário a prestação não implica um direito subjetivo quando a norma expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Estado, sem apontar, no entanto, os meios a serem adotados para

⁵⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 209.

⁵⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 554.

⁵⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 308.

⁵⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 309.

⁵⁵² BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 107-109.

atingi-la, isto é, as condutas específicas voltadas a satisfazer o bem jurídico consagrado na norma.⁵⁵³

O referido autor defende, contudo, a existência de um direito subjetivo individual à prestação quando a norma definidora de um direito fundamental determinar suficientemente o conteúdo da prestação e o procedimento para sua realização estiver expressa ou, no mínimo, implicitamente regulado na Constituição.⁵⁵⁴

Fiorannelli Júnior⁵⁵⁵, Ruschel⁵⁵⁶ e o Ministro Eros Grau⁵⁵⁷ ensinam que os direitos sociais, mesmo os de caráter prestacional, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos, por força do Artigo 5º, parágrafo 1º, combinado com o inciso XXXV do mesmo Artigo, da Constituição Brasileira; cabendo aos Tribunais assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação, suprimindo a lacuna deixada pelo legislador à luz da analogia, do costume e dos princípios gerais de direito, sem que com isso esteja transpondo a fronteira entre a atividade judiciária e a legislativa.

Já Alexy asseve que um direito originário a prestações sociais só pode ser reconhecido como direito subjetivo se vinculado à garantia de um padrão mínimo em segurança social (ou de direitos sociais mínimos) e a partir de uma ponderação de valores e bens na qual se verifique que sua concretização não gerará a inobservância dos direitos sociais, de tal sorte que, mesmo em se tratando da garantia de um padrão mínimo, o sacrifício de outros direitos não parece tolerável.⁵⁵⁸

O referido autor também preconiza que em que pese os direitos sociais mínimos terem consideráveis efeitos financeiros quando são muitos os que o fazem valer, este argumento não é suficiente para justificar a inexistência desses direitos, porquanto a competência privativa do legislador não é ilimitada nem absoluta, de sorte que certos direitos fundamentais podem ter mais pesos que as razões de políticas financeiras.⁵⁵⁹

⁵⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, 1981, p. 233 e ss., p. 244-245.

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 242-243.

⁵⁵⁵ FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Desenvolvimento e Efetividade dos Direitos Sociais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, 1994, p. 14 e ss., p. 26-27.

⁵⁵⁶ RUCHEL, Ruy Rubens. A Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, n. 58, 1993, p. 291 e ss., p. 295-296.

⁵⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1998** (Interpretação e Crítica). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 315.

⁵⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 495.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 494.

Sarlet, por sua vez, entende que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas é possível reconhecer, sob determinadas condições, direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador, existindo, nesse ponto, um claro limite à liberdade de conformação do legislador.⁵⁶⁰

Desse entendimento pode-se auferir que o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado em todas as Constituições dos Estados Membros do Mercosul impõe a cada um deles, pelo menos, o mínimo de garantia às condições existenciais, que não podem deixar de ser efetivadas sob o argumento de carência de recursos financeiros. Isso porque, negar este mínimo implicaria em fazer letra morta o dispositivo constitucional, gerando uma subversão de valores.

De fato, os operadores do direito devem buscar pautar suas decisões privilegiando o mínimo vital em detrimento da reserva do possível, sempre observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; de modo que se as normas constitucionais possuem um caráter indeterminado, a interpretação desse operador do direito há que ser criadora, concretizadora, no intuito de alcançar a máxima efetividade dos direitos sociais, estejam estes previstos em normas-regras, em normas-princípios, ou, ainda, em normas meramente programáticas.⁵⁶¹

Desse modo, embora a efetividade dos direitos sociais a prestações esteja limitada pela reserva do financeiramente possível, existe um mínimo existencial inerente àqueles direitos que não pode ser preterido, nem mesmo sob o argumento de ausência de recursos materiais; devendo o Legislativo atender a esse mínimo existencial na elaboração do orçamento, sob pena de nascer para o Judiciário o poder de concretizar os direitos prestacionais mínimos constitucionalmente assegurados através de medidas judiciais.

Nesse sentido,

[...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 352-353.

⁵⁶¹ BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 153.

mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional [...].⁵⁶²

De sorte que se exige a compatibilização do princípio da reserva do possível com a garantia do mínimo existencial; o que confere ao Judiciário o poder de suprir a lacuna legislativa em prol do núcleo básico da dignidade da pessoa humana consubstanciado nesse mínimo existencial, que, por sua vez, corresponde ao

conjunto das condições primárias sócio-materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais que garantem que o princípio da dignidade da pessoa humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poucos que não podem atuar no sentido de lhes negar a existência ou de não lhes assegurar a efetivação que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.⁵⁶³

Verifica-se, pois, que no âmbito dos direitos sociais prestacionais concernentes ao mínimo existencial, como, por exemplo, o direito à saúde, educação básica, saneamento básico, acesso à justiça etc., a obrigação do Estado é imediata, e não progressiva, no sentido de garantir recursos materiais à efetivação dos referidos direitos, não podendo o mesmo argüir insuficiência de recursos financeiros. Nesse cenário, a omissão legislativa e executiva poderá ser suprida por uma decisão judicial que confira aos direitos acima referidos efetividade imediata, impedindo o esvaziamento do conteúdo normativo constitucional.

4.3 Da concepção progressiva dos direitos humanos sociais e da ausência de justicialização no plano internacional

4.3.1 Da progressividade dos direitos humanos sociais e da busca pelo reconhecimento de sua justiciabilidade

Uma das grandes questões discutidas no âmbito do estudo dos direitos humanos sociais é a sua justiciabilidade, tanto no plano interno, quanto no internacional. Conforme estudado no tópico anterior, no que se refere à justiciabilidade dos direitos sociais no plano interno de cada um dos Estados membros do Mercosul, parte considerável da doutrina e da jurisprudência já reconhece os direitos humanos sociais como direitos subjetivos, isto é, justiciáveis; de modo que, em se tratando de direitos humanos sociais prestacionais, tem-se

⁵⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2º Turma, Julgamento: 22/11/2005, p. 1-2. AI 677274/SP, Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009. Ementa: Criança de até seis anos de idade – atendimento em creche e em pré-escola- educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV) – Compreensão Global do Direito Constitucional à Educação – Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, Art. 211, par. 2º)- Recurso Improvido.

⁵⁶³ SUPREMO TRIBUNAL MILITAR. ADI n. 1208. Rel. Min. Cármen Lúcia. Informativo n. 480.

reconhecido essa justiciabilidade nos termos da reserva do possível, bem como do mínimo existencial.

Ocorre que, no plano internacional, essa justiciabilidade ainda não está reconhecida, ou seja, em termos globais e regionais, não se admite, ainda, a possibilidade de denúncias relativas às violações dos direitos humanos sociais, mesmo daqueles vinculados à idéia de mínimo existencial.

Embora a Conferência de Teerã, realizada em 1968, e a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, tenham adotado uma concepção contemporânea dos direitos humanos, fundada na universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, ainda subsiste, no plano internacional, uma discrepância na adoção de mecanismos de realização dos referidos direitos, tomando-se os direitos civis e políticos como de realização imediata e, portanto, passíveis de exigibilidade perante os órgãos internacionais de proteção; e os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos de realização progressiva, não sujeitos, via de regra, à exigibilidade perante os órgãos de proteção internacional.⁵⁶⁴

De fato, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reveste esses direitos de auto-aplicabilidade e justiciabilidade, determinando um sistema de proteção que abarca: o encaminhamento, pelos Estados-partes, de relatórios periódicos versando sobre as medidas legislativas, judiciais e administrativas adotadas para a proteção dos direitos civis e políticos ao Comitê de Direitos Humanos; e a possibilidade de comunicações interestatais, por meio das quais um Estado-parte pode denunciar outro que tenha incorrido em violação aos direitos humanos. Além disso, o Pacto Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos introduz o sistema de petições individuais, que permite aos indivíduos peticionar diretamente ao Comitê de Direitos Humanos sempre que forem vítimas de violações dos seus direitos civis e políticos.⁵⁶⁵

Já o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais concebe esses direitos como de realização progressiva, não lhes garantindo justiciabilidade; de modo que o seu sistema de proteção abarca apenas a obrigação dos Estados-partes de remeter relatórios periódicos contendo as medidas adotadas em prol dos direitos econômicos,

⁵⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175.

⁵⁶⁵ MODELL, Flávia Leda. **Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: dicotomia ou integração?** p. 4. Disponível em: <<http://www.cjf.br/revista/artigo15.htm>>. Acesso em: 03 de fev. 2007.

sociais e culturais ao Secretário-Geral da ONU. Como esses direitos são tidos como de realização progressiva, os Estados–partes não estão obrigados a atribuir efeito imediato a eles, isto é, a respeitá-los de forma imediata.⁵⁶⁶

A justificativa internacional para não impor aos Estados o dever de realização imediata dos direitos econômicos, sociais e culturais, e, por conseguinte, para não reconhecer a sua justiciabilidade no plano internacional funda-se no argumento pelo qual os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos vinculados à realização de políticas públicas assistenciais, no âmbito interno dos Estados, e que dependem, por sua vez, de uma série de fatores políticos, econômicos e sociais.⁵⁶⁷

Nessa linha de entendimento, o Sistema Global de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais não abarca o procedimento de comunicações interestatais nem a possibilidade de petições individuais em caso de violação desses direitos; o que gera grandes prejuízos em termos de sua realização prática, gerando certo prejuízo no que se refere à sua efetividade.

Em termos regionais, o Protocolo de San Salvador, de 1988, e que entrou em vigor em 1999, realizado no âmbito da OEA (Organização dos Estados Americanos), trouxe, para os países integrantes da organização, a possibilidade de petições individuais em caso de violação do direito à educação e dos direitos dos trabalhadores de organizarem sindicatos. Porém, apesar dele ter representado um avanço em termos de efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito internacional, é preciso se vislumbrar, nas palavras de Cançado Trindade, a adoção de mecanismos menos tímidos e mais fortalecidos para se obter uma proteção efetiva desses direitos.⁵⁶⁸

Nota-se, pois, que embora os direitos humanos sociais sejam tutelados internacionalmente, ainda não existe, no âmbito do Sistema Global, a possibilidade de levar a julgamento questões relativas à violação desses direitos por parte dos Estados Membros, dentre eles, inclusive, os Estados que compõem o Mercosul; o que, salienta-se mais uma vez, dificulta a efetivação da sua proteção internacional.

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 4.

⁵⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175.

⁵⁶⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997. p. 369-370.

A mesma deficiência pode ser encontrada no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que só reconhece justiciabilidade dos direitos sociais relativos à educação e à liberdade sindical, deixando a proteção dos demais direitos sociais, inclusive daqueles pertinentes ao mínimo existencial, sob a única exigência de envio de relatórios anuais por parte dos Estados submetidos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.⁵⁶⁹

Nesse cenário, como não se reconhece a possibilidade de justicialização dos direitos humanos sociais perante os Tribunais Internacionais de Proteção, o cumprimento dos tratados ratificados pelos países membros do Mercosul e voltados, dentre outras finalidades, a proteger os direitos sociais, fica comprometido, por uma anomalia existente no próprio texto normativo internacional, que não prevê mecanismos jurídicos efetivos de implementação dos preceitos neles consignados.

Assim, identifica-se que tanto o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto a Declaração Interamericana de Direitos Humanos e a Carta Sociolaboral do Mercosul carecem em seu texto da previsão de medidas jurídico-processuais voltadas à justicialização dos direitos humanos sociais; o que abre espaço para que haja uma maior discrepância entre a legislação interna dos Estados Signatários e o preceito determinado na norma internacional, prejudicando, assim, a efetividade plena dos direitos humanos sociais.

Diante da identificação dessa anomalia presente no texto dos principais tratados de direitos humanos sociais ratificados pelos Estados Membros do Mercosul, torna-se imperiosa a mudança de paradigma relativamente à concepção internacional dos direitos humanos sociais, que devem deixar de ser entendidos como de realização progressiva, para passarem a ser tomados como obrigações de exigibilidade imediata, pelo menos no que concerne aos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, como o direito à saúde, educação, habitação e acesso à justiça.

Nesse sentido, Vicente de Paulo assere que apesar de já se ter consolidado, no plano internacional, a concepção contemporânea dos direitos humanos, os direitos sociais continuam, na prática dos tribunais internacionais, sendo tidos como direitos de realização

⁵⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 178.

progressiva, expressos através de normas programáticas, não passíveis de atribuir aos demais Estados ou aos indivíduos um direito público subjetivo à sua exigibilidade.⁵⁷⁰

Para o referido autor, os direitos sociais não podem ser tidos como direitos subsidiários aos direitos civis e políticos, de modo que os direitos sociais - entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real- devem exercer posição e função que “incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de caridade ou doação gratuita, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição da sua normatividade”.⁵⁷¹

Vicente de Paulo assevera que os direitos sociais têm como fundamento e critério aferidor de sua universalidade e essencialidade a idéia de igualdade material como necessária ao exercício pleno da liberdade e devem ocupar o mesmo patamar hierárquico dos direitos civis e políticos, na medida em que a realização da liberdade preconizada por esses direitos pressupõe a efetivação dos direitos humanos sociais.⁵⁷²

O mesmo autor critica a concepção funcional dos direitos sociais, derivada da teoria da “reserva do possível”, para a qual existe uma impossibilidade objetiva na implementação dos direitos sociais, em virtude da sua efetividade estar limitada àquilo que é possível ser feito diante do cenário econômico de determinado país, e rejeita a idéia preconizada pelo formalismo jurídico positivista de que o Direito é um sistema de normas onde o império da liberdade formal torna-se o princípio hegemônico na aplicação da lei.⁵⁷³

Além do que, Vicente de Paulo não admite o argumento pelo qual os direitos sociais não têm força de direitos públicos subjetivos, por serem direitos cuja consecução exige uma atuação positiva do Estado, o que acabaria por violar as próprias liberdades individuais e a propriedade; salientando que o exercício pleno das liberdades individuais depende da observância dos direitos sociais, não havendo que se falar em liberdade do indivíduo se não for garantida antes a sua sobrevivência.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 109-110.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 110.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

⁵⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

⁵⁷⁴ Ibidem, . p. 116.

Outrossim, o referido autor critica as falácias políticas sobre os direitos humanos sociais, pelas quais esses seriam direitos de segunda ordem, dependentes de uma economia forte e submetidos aos recursos orçamentários existentes, salientando que a proteção dos direitos civis e políticos também exige a criação de um forte aparato estatal, que demanda uma série de custos e que nem por isso deixam de ser entendidos como de realização imediata; não se podendo invocar, portanto, os custos demandados pelos direitos sociais, para se justificar a sua não efetividade.⁵⁷⁵

Da leitura de Vicente de Paulo, percebe-se que o autor adota a visão substancialista do modelo construtivo do Direito de Dworkin defendida por Mauro Cappeletti e Lênio Streck, segundo a qual compete ao Poder Judiciário não apenas harmonizar e equilibrar os demais poderes, mas assumir o papel de um intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais; sendo que a positivação dos direitos sociais fundamentais, realizada em virtude da superação dos Estados Liberal e Social e da adoção do Estado Democrático de Direito, conduz à idéia de que o Poder Judiciário deve passar a ter um papel de exercício da jurisdição constitucional.⁵⁷⁶

E Vicente de Paulo adota essa posição para poder sustentar a idéia de justiciabilidade dos direitos sociais no plano interno e internacional e reconhecer ao Poder Judiciário, no sentido proposto pela idéia substancialista, uma postura intervencionista, não no sentido simplista de justicialização da política e das relações sociais, mas relativa ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais.⁵⁷⁷

Nesse sentido, a adoção da posição substancialista fomenta a idéia de justiciabilidade dos direitos sociais, na medida em que concebe o Poder Judiciário - e aqui podemos fazer um paralelo com os Tribunais Internacionais - como ente competente para averiguar a adequação das políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais; não no sentido de análise da oportunidade e conveniência (própria da administração pública), mas da legalidade de tais políticas diante da busca pela máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais.⁵⁷⁸

Essa posição substancialista, vale dizer, contrapõem-se à leitura procedimentalista de Dworkin proposta por Habermas, que critica a idéia de materialização dos valores materiais

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116.

⁵⁷⁶ Ibidem, p. 186-188.

⁵⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 189.

constitucionais, bem como a interpretação dirigida por princípios, proposta por Dworkin, propondo um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se em valores compartilhados nem em conteúdos substantivos, mas “em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação cultura, mas sim em uma nação de cidadãos”.⁵⁷⁹

Como visto no tópico anterior, grande parte da doutrina dos países membros do Mercosul já adota entendimento pelo qual os direitos fundamentais sociais, inclusive aqueles que implicam em prestações jurídicas e materiais, são justiciáveis nos termos da Reserva do Possível, ou seja, pode o titular desses direitos exigir sua efetivação em juízo, que só não será concretizada se o Estado conseguir provar a efetiva carência de recursos financeiros.

Em conjunto com essa idéia, também se verificou que a Reserva do Possível encontra-se limitada pelo chamado Mínimo Existencial, relativo àqueles direitos sociais prestacionais vinculados ao núcleo básico da dignidade da pessoa humana e que não podem deixar de ser garantidos, nem mesmo sob o argumento de carência de recursos; de modo que, na omissão do Legislativo e do Executivo, surge para o Judiciário, como guardião da efetividade das normas jurídicas, o poder de concretizar esses direitos através de decisões judiciais.

A intenção desse trabalho é transportar esse raciocínio feito pela doutrina dos países membros do Mercosul, em especial pela brasileira, para o âmbito internacional de proteção dos direitos humanos sociais; o que implica, primeiramente, na mudança de paradigma proposta por Vicente de Paulo, relativamente à concepção progressiva dos direitos humanos sociais, que precisam ser vislumbrados pela comunidade internacional como direitos de realização imediata, e não progressiva, embora limitados pela reserva do financeiramente possível.

Porém, torna-se imperioso reconhecer, também no plano internacional, que embora a efetivação dos direitos humanos sociais prestacionais esteja subordinada à reserva do possível, há direitos sociais vinculados ao mínimo existencial que devem ser priorizados e efetivados pelo Estado e em relação aos quais não cabe a este alegar ausência de recursos financeiros.

⁵⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 175.

Uma vez ultrapassada a visão de progressividade dos direitos sociais, faz-se necessário que protocolos adicionais ao Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Carta Sociolaboral sejam adotados no sentido de se reconhecer a justiciabilidade dos direitos humanos sociais, ou seja, no sentido de se oportunizar o sistema de comunicações interestatais e o de petições individuais aos Tribunais Internacionais, em caso de violação daqueles direitos.

O que se propõe, em verdade, é atribuir ao Comitê Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no plano global, e à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no plano regional, como órgãos jurisdicionais de caráter supranacional, o poder de vislumbrar e decidir casos relativos não só a violações de direitos civis e políticos, mas também de direitos sociais.

Nesse sentido, Cançado Trindade asseve que as violações de direitos humanos econômicos, sociais e culturais devem ser objeto de comunicações interestatais e petições individuais perante os órgãos globais e regionais de proteção internacional dos direitos humanos; o que requer uma alteração no atual sistema de monitoramento internacional daqueles direitos.⁵⁸⁰

Vale ressaltar, porém que nos seus julgamentos relativos aos direitos humanos sociais, assim como o que acontece com os Poderes Judiciários internos, os respectivos membros do Comitê e da Corte deverão levar em consideração a reserva do financeiramente possível, sem perder de foco a idéia de que o mínimo existencial deve ser efetivado independentemente do que se considera como sendo esse financeiramente possível.

Desse modo, o reconhecimento dos direitos humanos sociais como direitos públicos subjetivos, ainda que dentro dos limites acima assinalados, torna-se necessário à maximização da efetivação dos direitos humanos sociais na seara internacional, comumente no âmbito dos Estados membros do Mercosul.

4.3.2 Mecanismos que poderiam ser adotados no âmbito dos tratados de proteção dos direitos humanos sociais no intuito de maximizar o cumprimento de seus preceitos por parte dos Estados Ratificadores

Abramovich e Courtis adotam entendimento similar ao de Vicente de Paulo, entendendo que todos os direitos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais

⁵⁸⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 56.

denotam tanto obrigações positivas como negativas, sendo que os direitos civis não se esgotam em obrigações de abstenção por parte dos Estados, exigindo condutas positivas, tais como a regulamentação, a atividade administrativa de regulação, o exercício do poder de polícia, a proteção frente a interferências ilícitas do próprio Estado, a promoção do acesso à Justiça e à segurança etc.⁵⁸¹

Em sentido simétrico, os referidos autores também ensinam que os direitos sociais tampouco exigem apenas obrigações positivas, reclamando também a abstenção do Estado no sentido de não haver discriminação no acesso à saúde, educação e seguridade social, de não causar dano à saúde dos indivíduos etc.⁵⁸²

Abramovich, Courtis⁵⁸³ e, também, Piovesan⁵⁸⁴ se coadunam com a tese de justiciabilidade dos direitos humanos sociais no plano internacional, indo além, porém, dos estudos de Vicente de Paulo ao sugerirem instrumentos concretos de maximização da efetividade dos direitos sociais.

Para os referidos autores, não basta uma mudança de paradigma na concepção jurídica dos direitos sociais para se obter a plena efetividade desses direitos ou para, pelo menos, se aumentar o seu grau de efetividade, sendo necessária a adoção de uma série de medidas no plano normativo internacional no sentido de concretizar essa concepção e operacionalizar a justiciabilidade daqueles direitos; de sorte que eles propõem uma série de estratégias e intervenções para que seja lograda a aplicabilidade dos direitos sociais no plano internacional, partindo do pressuposto de que não existe direito econômico, social ou cultural que não apresente alguma característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em casos violação.⁵⁸⁵

A posição de Abramovich, Courtis e Piovesan⁵⁸⁶ busca refutar, assim como a de Vicente de Paulo, os argumentos contrários à exigibilidade dos direitos sociais, pelos quais

⁵⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137-138.

⁵⁸² Ibidem, p. 137-138.

⁵⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137-138.

⁵⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

⁵⁸⁵ PRONER, Carol. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 07, jan/dez 2007, pp. 15-43. p. 24-25.

⁵⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29.

esses direitos não podem ser considerados direitos propriamente ditos, na medida em que seu cumprimento exige, no lugar de uma proibição de lesão, uma obrigação de prestação positiva e que este fazer não seria nem universalizável, nem formalizável “e cujas violações não consistem em atos ou comportamentos sancionáveis, mas meras omissões incapazes de coerção”.⁵⁸⁷

Abramovich, Courtis e Piovesan entendem que a limitação de recursos tem sido invocada pelos Estados para justificar o descumprimento dos direitos sociais consagrados no plano internacional; o que por vezes não se coaduna com a realidade, na medida em que o descumprimento dos direitos sociais geralmente decorre da má alocação de recursos públicos e não da falta dos mesmos. Além do que, o fato dos direitos civis e políticos gerarem custos nunca serviu de óbice para seu cumprimento, razão pela qual não se pode argüir esses mesmos custos para se justificar a violação dos direitos sociais.⁵⁸⁸

Segundo os referidos autores, deve prevalecer a doutrina contemporânea que supera a divisão estanque em categorias e gerações de direitos, de sorte que a estrutura dos direitos sociais deve ser caracterizada como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado; e a violação por omissão de um dos direitos sociais poderá ser reparada ainda que tardiamente e terá uma função importante em reafirmar o compromisso do Estado para com aqueles direitos.⁵⁸⁹

O cerne das teses defendidas por Abramovich, Courtis e Piovesan encontra-se no argumento de que o alcance universal dos direitos sociais, comumente nos países de industrialização tardia, tais como os integrantes do Mercosul, depende da superação dos obstáculos à aplicabilidade desses direitos, não sendo suficiente que o direito social seja efetivado, exigindo-se que exista poder jurídico capaz de fazer atuar o titular do direito caso o mesmo seja violado.⁵⁹⁰

Abramovich e Courtis identificam que dentre os direitos sociais, há direitos que se caracterizam pela obrigação do Estado em estabelecer algum tipo de regulamentação interna,

⁵⁸⁷ PRONER, Carol. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 07, jan/dez 2007, pp. 15-43. p. 24-25.

⁵⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 137-138.

⁵⁸⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales**: instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2003. p. 23-24.

⁵⁹⁰ PRONER, Carol. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, n. 07, jan/dez 2007, pp. 15-43. p. 25.

sem a qual o exercício do direito não tem sentido, enquanto outros dependem da provisão de serviços à população por parte do Estado ou, ainda, à mera restrição estatal de faculdades privadas como meio de se tutelar o respectivo direito, sendo que os referidos autores salientam que faltam mecanismos apropriados de implementação dos direitos sociais, tanto no plano interno como no internacional.⁵⁹¹

Sob esse aspecto, conforme já visto em linhas anteriores, o Protocolo de San Salvador de 1988, e que entrou em vigor em 1999, realizado no âmbito da OEA (Organização dos Estados Americanos), trouxe, para os países integrantes da organização, a possibilidade de petições individuais em caso de violação do direito à educação e dos direitos dos trabalhadores de organizarem sindicatos. Porém, é preciso que esse sistema de petições individuais seja abrangido à violação dos demais direitos sociais.

Um dos mecanismos apontados por Abramovich e Courtis para se obter a maximização da efetividade dos direitos sociais no âmbito da OEA, já verificado, inclusive, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é a avocação de violação ao direito à não discriminação, que abre enorme campo de justiciabilidade para os direitos sociais perante a referida Corte; de modo que a partir da violação de um direito social, poder-se-á chegar à violação do direito à não discriminação, passível do sistema de petições individuais e da comunicação interestatal.⁵⁹²

Segundo Abramovich e Courtis, dessa idéia pode-se abstrair vários exemplos, como a violação do direito à educação a partir de limitações de acesso baseadas em razão do sexo, nacionalidade, condição econômica ou outro fator de discriminação, e outras situações nas quais a violação de um direito social possa ser associada a qualquer condição de discriminação, sendo esse raciocínio perfeitamente viável para justificar ações judiciais de impugnação ou nulidade de atos do poder público de alcance geral ou particular.⁵⁹³

Outrossim, os referidos autores ainda ponderam que é extremamente difícil imaginar situações em que o Estado descumpra totalmente com as obrigações positivas vinculadas aos direitos sociais, cumprindo geralmente em parte esses direitos; o que reforça a possibilidade de se pleitear judicialmente a violação dos direitos sociais por assegurar o Estado

⁵⁹¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales:** instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2003. p. 23-24.

⁵⁹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales:** instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2003. p. 42.

⁵⁹³ Ibidem, p. 42.

discriminatoriamente esses direitos. Nesse âmbito, ainda que a decisão judicial não resulte em diretamente executável pela carência de recursos, a constituição da mora estatal estimularia o Estado a redistribuir melhor os recursos, bem como a inibir compromissos internacionais prejudiciais às demandas sociais internas.⁵⁹⁴

Ainda no âmbito das medidas a serem implementadas em prol da efetividade plena dos direitos sociais, Piovesan ensina que a progressividade dos direitos sociais declarada no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não pode servir de óbice à consecução dos referidos direitos; sendo que o objetivo do Pacto foi exatamente o contrário, ou seja, estabelecer a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Do mesmo modo, essa progressividade não impede que tais direitos sejam justiciáveis, isto é, passíveis de comunicações interestatais ou até de denúncias individuais perante as Cortes internacionais de direitos humanos quando verificado seu descumprimento pelo Estado decorrente da má alocação de recursos públicos ou da não utilização do máximo de recursos disponíveis.⁵⁹⁵

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), Piovesan asseve que o Protocolo de San Salvador veio acolher a concepção de que cabe ao Estado investir o máximo de recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, permitindo o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a defesa do direito à educação e do direito à liberdade sindical; de sorte que esses instrumentos internacionais “acabaram por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica”.⁵⁹⁶

A idéia do Protocolo de San Salvador é, segundo Piovesan, a de juridificar o domínio político, impondo deveres aos Estados e enunciando direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana. Porém, a referida autora salienta que é preciso maximizar os esforços hoje

⁵⁹⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales**: instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2003. p. 44.

⁵⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 246.

⁵⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 246.

implementados na busca pela efetivação dos direitos sociais e aponta seis desafios que deverão ser superados para se obter essa almejada efetividade,⁵⁹⁷ os quais passa-se a pontuar:

a) Consolidar, fortalecer e ampliar o processo de afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos humanos fundamentais;

b) Criar políticas específicas para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais capazes de dar maior visibilidade a sujeitos de direitos com maior grau de vulnerabilidade;

c) Assegurar a participação da sociedade civil no processo de elaboração dos relatórios previstos no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais;

d) Assegurar a visita de relatores especiais aos países em questão, no intuito de dar visibilidade a determinada violação de direitos humanos, bem como de propor recomendações;

e) Adotar um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduza o sistema de petição para a tutela desses direitos e fomenta a elaboração de indicadores técnico-científicos para avaliar o cumprimento e observância daqueles direitos;

f) Incorporar a agenda social de direitos humanos nas organizações e instituições econômicas regionais e globais.⁵⁹⁸

Embora as referidas alterações tenham potencialidade para maximizar a efetividade dos direitos sociais no âmbito dos países do Mercosul, o ideal seria conjugar os referidos instrumentos com outros dotados da mesma potencialidade, a saber:

a) Criação de uma comissão de estudos jurídicos, econômicos e sociais no âmbito do Mercosul voltada a assessorar os países que estirem tendo maiores dificuldades na tutela dos direitos sociais;

b) Previsão da realização de encontros internacionais periódicos com os representantes dos Estados Partes do Mercosul no intuito de discutir o que tem sido feito e o que pode ser melhorado na implementação dos direitos sociais;

⁵⁹⁷ Ibidem, p. 250-255.

⁵⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 260-261.

c) A previsão de estímulos ao fortalecimento da integração regional e à celebração de tratados de importação e exportação que gerem o desenvolvimento econômico norteador da melhoria de condições de vida;

d) A maximização da cooperação internacional no plano da educação e da pesquisa científica, com o fomento de pesquisas realizadas no âmbito dos Estados;

e) A prevalência de questões sociais, e não apenas comerciais e tributárias no âmbito do Mercosul;

f) O fortalecimento da integração regional sul-americana, o estabelecimento de formas regionais de controle social sobre as agências multilaterais de fomento (BID, Bird, Bndes, Fonplata) e a elaboração de um “Acordo de Cooperação Solidária de Integração Latino-Americana”, propostos no processo de confluência da economia solidária ocorrida no Fórum Social Mundial em 2007.⁵⁹⁹

Em torno da discussão acerca da efetividade dos direitos sociais no plano dos países do Mercosul, poder-se-ia ainda sugerir a criação de um sistema próprio de supranacionalidade do Mercosul, constituído por um Tribunal de Direitos Humanos, voltado a julgar os casos de violação dos direitos humanos, inclusive dos direitos sociais, e com poderes para reformar as normas internas dos Estados quando incompatíveis com a proteção internacional dos direitos humanos.

Embora interessante e inovadora, essa proposta mostra-se como distante da realidade, tendo em vista o grau atual de integração do Mercosul, que não pode ser equiparado à União Européia. Além do que, apresenta-se como solução mais adequada ao contexto atual o reforço do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, do qual os países do Mercosul participam e que já vem sendo suficientemente desenvolvido através de decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, havendo a necessidade, contudo, de inclusão nesse sistema da possibilidade de comunicações interestatais e de petições individuais em caso de violação de qualquer dos direitos sociais tutelados.

4.4 Da adequação entre os preceitos contidos nos tratados de proteção dos direitos humanos sociais e a legislação social dos Estados Membros do Mercosul

⁵⁹⁹ PRONER, Carol. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos: a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 07, jan/dez 2007, pp. 15-43. p. 40-41.

Fazendo-se um comparativo entre os textos do Pacto Internacional de Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Declaração Americana dos Direitos Humanos e da Carta Sociolaboral do Mercosul, percebe-se que, de um modo geral, a Constituição de cada um dos Estados Membros do Mercosul consagra, em termos normativos, a proteção dos direitos humanos sociais; o que permite a identificação da efetividade formal dos referidos direitos nesse âmbito.

Em termos normativos, pode-se dizer que as Cartas Constitucionais do Brasil, Uruguai, Paraguai e da Argentina conferem maior grau de proteção aos direitos humanos sociais do que os textos dos referidos tratados. Isso porque, estes tomam os direitos sociais como direitos de realização progressiva, não dotados de justiciabilidade, enquanto os textos constitucionais consagram os direitos sociais como direitos fundamentais que, embora não auto-executáveis, são tidos por grande parte da doutrina e da jurisprudência como direitos dotados de justiciabilidade, ou seja, como direitos cuja consecução pode ser exigida por seu titular perante o Poder Judiciário em caso de omissão legislativa ou executiva.

Conforme estudado, a concretização dos direitos humanos sociais, comumente dos direitos sociais a prestações materiais, no âmbito interno de cada Estado, depende da efetiva existência de recursos materiais oportunistas da sua realização. Mas isso não obsta, no plano interno, que os direitos humanos sociais figurem como verdadeiros direitos públicos subjetivos, cabendo ao magistrado verificar no caso concreto em que medida poderá assegurar a realização do direito social em causa, a partir da comprovação, feita pelo Poder Público, da existência ou inexistência de recursos materiais disponíveis.

Nesse cenário, também se verificou que no que concerne aos direitos sociais prestacionais vinculados ao mínimo existencial, a noção de justiciabilidade é plena, ou seja, deve o Estado assegurar a realização desses direitos sem poder se escusar perante o Poder Judiciário a partir da alegação de carência de recursos financeiros.

Existe uma coerência entre os tratados de proteção dos direitos humanos sociais e a legislação interna de cada Estado Membro do Mercosul. O problema, em termos de efetividade formal e conforme constatado no tópico anterior, encontra-se não na falta de adequação entre o texto das referidas normas internacionais e as respectivas legislações, em especial das Constituições de cada Estado parte do Mercosul, mas na adoção, como já detalhado acima, de uma noção progressiva dos direitos humanos sociais pelo Pacto Internacional de Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pela

Declaração Americana dos Direitos Humanos e pela Carta Sociolaboral do Mercosul; bem como na ausência de previsão, por parte desses textos normativos, de mecanismos jurídico-processuais voltados à justicialização dos direitos humanos sociais no plano internacional.

Nesse sentido, os textos normativos internacionais preconizam o seguinte:

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Artigo 2º, parágrafo 1º: Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto pelo esforço próprio como pela assistência e **cooperação internacionais**, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos previstos no presente Pacto, **incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.** (grifos desta autora)

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), “Pacto de San José da Costa da Costa Rica”, Capítulo III, Artigo 26: Desenvolvimento Progressivo. Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como **mediante cooperação internacional**, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, **por via legislativa** ou por outros meios apropriados. (grifos desta autora)

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, Artigo 1º: Obrigação de Adotar Medidas. Os Estados Membros neste *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos* comprometem-se a adotar medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio de **cooperação entre os Estados**, especialmente econômica e técnica, até o máximo de recursos disponíveis e levando em conta o grau de desenvolvimento, a fim de conseguir progressivamente **e de acordo com a legislação interna**, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste protocolo. (grifos desta autora)

Declaração Sociolaboral do Mercosul. Artigo 20: Os Estados Partes comprometem-se a respeitar os direitos fundamentais inscritos nesta declaração e a promover sua aplicação em conformidade **com a legislação e as práticas nacionais e as convenções e acordos coletivos**. Para tanto, recomendam instituir, como parte integrante desta Declaração, uma **Comissão Sociolaboral**, órgão tripartite, auxiliar do Grupo Mercado Comum, que terá caráter promocional e não sancionador, dotados de instâncias nacional e regionais, com o objetivo de fomentar e acompanhar a aplicação do instrumento.

Verifica-se que todos os documentos internacionais acima citados tomam a legislação interna de cada Estado parte como instrumento de implementação dos direitos humanos sociais. E, em termos de legislação constitucional, as Cartas Políticas de todos os Estados Membros do Mercosul atendem ao preceituado pelos referidos Tratados, tutelando os direitos sociais como direitos fundamentais, que devem ser cumpridos mesmo em caso de omissão legislativa, caso em que competirá ao Poder Judiciário utilizar-se da analogia ou dos

princípios gerais de direito para garantir a consecução dos direitos sociais, comumente daqueles concernentes ao mínimo existencial.

Embora a efetividade formal esteja atendida na previsão constitucional dos direitos humanos sociais nos países membros do Mercosul, há duas falhas que merecem ser destacadas. A primeira refere-se à carência de instrumentos normativos fomentadores da cooperação entre os países do Mercosul na implementação dos direitos humanos sociais. Já a segunda relaciona-se com o fato de que os Estados ainda não adequaram sua legislação sociolaboral interna à realidade advinda do processo de integração, ou seja, não harmonizaram sua legislação trabalhista e previdenciária no intuito de possibilitar a livre circulação de trabalhadores no âmbito do bloco econômico.

A promoção dos direitos humanos sociais no âmbito do Mercosul fica a cargo da sua Comissão Sociolaboral e sedimenta-se na Declaração Sociolaboral do Mercosul, que corresponde a verdadeiro instrumento de proteção daqueles direitos, muito embora não normatize nenhum mecanismo voltado à sua justicialidade no plano internacional.

O Mercosul também conta com dois outros órgãos voltados à consecução dos direitos humanos sociais: o Foro Consultivo Econômico e Social e a Comissão Parlamentar Conjunta.⁶⁰⁰ O Foro Consultivo Econômico e Social (FECS), como já explanado no segundo capítulo deste trabalho, constitui-se por representantes dos setores econômicos e sociais dos Estados partes e exerce função consultiva; emitindo recomendações ao Grupo Mercado Comum, sem caráter vinculativo, acerca de matérias pertinentes aos setores econômicos e sociais, com o objetivo de conferir uma sustentação integracionista de caráter político e social, que figura como requisito primordial para a consolidação do projeto do Mercado Comum do Sul.⁶⁰¹

Porém, apesar do Foro Consultivo Econômico e Social (FECS) figurar como um importante espaço institucional para a participação social, porquanto envolve a participação de representantes dos empresários, trabalhadores e consumidores, carece o mesmo, ainda, de maior representatividade, por não integrar outros importantes atores sociais; o que faz com que haja “grande concentração da agenda da integração em temas comerciais, restringindo as

⁶⁰⁰ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 886-887.

⁶⁰¹ CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **MERCOSUL, NAFTA E ALCA: a dimensão social**. São Paulo: LTR, 1999. p. 84.

possibilidades de efetiva incorporação de questões sociais à agenda e sua posterior transformação em decisões de âmbito comunitário.”⁶⁰²

Sob esse prisma, é preciso que o Foro Consultivo Econômico e Social enfoque as principais questões sociais envoltas em torno do Mercosul, como a harmonização da legislação trabalhista e previdenciária interna dos Estados membros do Mercosul, seguida da equiparação do tratamento conferido aos trabalhadores estrangeiros àquele atribuído aos nacionais, no intuito de tornar plena a livre circulação de pessoas e trabalhadores entre os países do bloco, de modo a maximizar o nível de integração deste.

De certo, a efetivação dos direitos sociais nos Estados Membros do Mercosul passa primeiro pela exigência de uma integração tal entre os mesmos que permita a harmonização das legislações trabalhista e previdenciária, pelo menos no que toca aos direitos e garantias mínimos, bem como à não discriminação dos trabalhadores estrangeiros, já que não se pode perder de foco as diferenças econômicas, sociais e culturais existentes entre os referidos países. Diferenças estas, no entanto, que não impedem a equiparação do trabalhador estrangeiro ao nacional, bem como a consecução de garantias mínimas voltadas a assegurar a dignidade do trabalhador.

Vale ressaltar que o Foro Consultivo Econômico e Social exerce importante papel no sentido de cooperar ativamente para a promoção do progresso econômico e social do Mercosul, fortificando as bases de criação de um Mercado Comum, a partir da coesão econômica e social dos seus Estados membros.⁶⁰³

O Foro Consultivo Econômico e Social do Mercosul apresenta-se como o instrumento mais adequado à realização de estudos e consecução de medidas voltadas a maximizar a proteção dos direitos sociais no âmbito dos Estados membros, a partir da verificação dos problemas encontrados em cada um desses Estados e do que pode ser implementado pelo Mercosul no intuito de ampliar a realização dos direitos sociais sem ferir as peculiaridades culturais de cada comunidade.

No tocante à Comissão Parlamentar Conjunta, esta emite recomendações importantes acerca do tema “direitos humanos”. Exemplo disso é a Recomendação CPC 006/96, que resultou na Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático e na Declaração

⁶⁰² Ibidem, p. 84.

⁶⁰³ MERCOSUL. Regimento Interno do Foro Consultivo Econômico-Social do Mercosul. Artigo 2º, inciso II.

Presidencial sobre Diálogo Político, firmadas na Argentina em 1996, durante o X Conselho do Mercosul, e que preconizam a manutenção do regime democrático por cada um dos Estados-partes, sob pena de sua exclusão do processo de integração; bem como da consulta e cooperação política entre aqueles.⁶⁰⁴

Nota-se que o Mercosul vem caminhando cada vez mais em torno da estruturação de um sistema de proteção dos direitos humanos, comumente dos direitos humanos sociais. Mas não se pode olvidar, contudo, que o Mercosul precisa dar, ainda, passos bem largos em direção à formatação de um sistema de proteção semelhante ao que hoje se apresenta na União Européia.

De fato, o Mercosul ainda carece de um órgão específico e de mecanismos jurídicos apropriados para viabilizar uma efetiva cooperação econômica, política e jurídica em torno da proteção dos direitos humanos sociais, figurando-se como necessária a adoção, no âmbito do Mercosul, de um instrumento normativo criador de um departamento especificamente voltado ao estudo e implementação dos direitos humanos sociais e estabelecedor dos fatores e critérios a serem observados pelos seus atores.

Ademais, é fundamental que seja conferida à Comissão Sociolaboral do Mercosul, além da competência consultiva, uma competência contenciosa, que lhe conferirá poderes para julgar casos relativos à violação, por qualquer dos Estados Membros, dos direitos previstos na Carta Sociolaboral. E vinculada a essa medida, compete aos Estados Membros do Mercosul empregarem esforços cada vez mais persuasivos no sentido de harmonizarem suas respectivas legislações previdenciárias, bem como no sentido de garantir tratamento equânime aos trabalhadores nacionais e estrangeiros, viabilizando assim, a livre circulação de trabalhadores entre os países do bloco.

A construção do processo de integração simbolizado no Mercosul passa a se vincular cada vez mais à orientação voltada ao atendimento das necessidades populares; de sorte que a problemática dos direitos humanos não caracteriza-se como um desvio de rota, mas como verdadeiro passo para o aprofundamento da integração econômica, na medida em que a extensão dos benefícios para o todo social figura como justificação conceitual do processo de

⁶⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos e o Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 888.

integração, conjuntamente com a correspondente economia de escala e maximização dos resultados, para o maior número possível de agentes.⁶⁰⁵

Desse modo, é preciso reconhecer que uma iniciativa cujo objetivo não é apenas o de estabelecer um Mercado Comum, mas promover a aceleração, a partir deste, do processo de desenvolvimento econômico dos seus Estados partes com justiça social, implica não apenas na previsão de liberdades de trabalho, capital e circulação de mercadorias, mas principalmente no melhoramento das condições de vida das respectivas populações, conforme preleciona o Preâmbulo do Tratado de Assunção; o que só será alcançado a partir da criação de mecanismos jurídicos efetivos de proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.⁶⁰⁶

CONCLUSÃO

No decorrer desta pesquisa, foram estudados os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos sociais e a forma pela qual cada Constituição dos Estados Membros do Mercosul tutela esses direitos, buscando-se analisar a efetividade formal dos direitos humanos sociais à luz das referidas normas jurídicas.

Verificou-se que, no âmbito interno dos países membros do Mercosul, a doutrina tem reconhecido a justiciabilidade dos direitos humanos sociais, isto é, a possibilidade do seu titular recorrer ao Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Público, desde que dentro

⁶⁰⁵ CASELLA, Paulo Borba. **Mercosul: exigências e perspectivas**. São Paulo: LTR, 1996. p. 63.

⁶⁰⁶ JIMENEZ, Martha Lucia Olivar. La comprensión Del concepto de derecho comunitário para uma verdadera integración em el Cono Sul. In: BASSO, Maristela (coord.) **Mercosul e seus efeitos jurídicos, econômicos, políticos nos Estados membros**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1995. p. 63.

dos limites da Reserva do Financeiramente Possível. Isso porque, os direitos sociais, principalmente os direitos a prestações materiais, demandam uma ação efetiva do Estado, que, na maioria das vezes, está limitada pelos recursos disponíveis, de modo que compete ao Poder Público garantir os direitos humanos sociais dentro do financeiramente possível.

Porém, também se analisou que embora a ação estatal esteja limitada pela disponibilidade de recursos materiais, existe um Mínimo Existencial, relativamente à alimentação, moradia, saúde e educação, que tem de ser garantido pelo Estado, independentemente da existência de recursos materiais disponíveis, isto é, com relação aos quais não poderá o Poder Público argüir carência de recursos.

Nesse sentido, propôs-se uma mudança de paradigma relativamente à compreensão internacional dos direitos humanos sociais, isto é, o reconhecimento da justiciabilidade desses direitos não só no plano interno dos Estados, mas também no âmbito internacional, com a consequente aplicação do sistema de petições individuais e comunicações interestatais aos casos de violação dos direitos humanos sociais, de modo a equiparar os instrumentos de proteção internacional desses direitos aos mecanismos já adotados para os direitos humanos civis e políticos.

A justiciabilidade dos direitos humanos sociais proposta neste trabalho refere-se à possibilidade dos Tribunais Internacionais (no caso, o Comitê Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no plano global, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no plano regional) determinar medidas aplicáveis aos Estados Membros do Mercosul em caso de violação dos direitos humanos sociais dentro dos limites e peculiaridades conferidos pela Reserva do Possível e pelo Mínimo Existencial.

Destarte, se identificou que embora o Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Carta Sociolaboral do Mercosul já adotem um sistema de proteção dos direitos humanos sociais sedimentado no envio de relatórios pelos Estados membros como forma de acompanhar a promoção daqueles direitos, necessária se faz a inclusão de mecanismos mais persuasivos e menos tímidos capazes de garantir a justiciabilidade dos direitos humanos sociais no plano internacional, e a consequente maximização da sua efetividade.

Nesse cenário, também se vislumbrou o emprego do direito a não discriminação como fonte de respaldo às lides internacionais relativas aos direitos humanos sociais,

independentemente de alteração dos textos da Declaração Americana de Direitos Humanos, da Carta Sociolaboral do Mercosul e do Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou da adoção de um Protocolo Facultativo a este Pacto.

Também foi sugerida a criação de um departamento no âmbito do Mercosul voltado especificamente à promoção e proteção dos direitos humanos sociais, capaz de configurar o Mercosul não apenas como um bloco voltado ao estreitamento das questões econômico-financeiras entre os Estados, mas como instrumento de efetiva proteção da pessoa humana na órbita internacional, comumente dos direitos humanos sociais, de observância tão necessária nos países de industrialização tardia.

De modo que é crucial que a cooperação entre os Estados Membros do Mercosul volte-se não apenas para as questões econômicas e financeiras, mas também para as questões sociais, configurando-se o Mercosul como um espaço de confluência oportunizador da maximização da eficiência estatal em termos de proteção dos direitos humanos sociais.

Ao se fazer um comparativo entre a forma pela qual a Constituição de cada Estado Membro do Mercosul tutela os direitos humanos sociais e o disposto na Declaração Americana de Direitos Humanos, na Carta Sociolaboral do Mercosul e no Pacto Internacional de Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, constatou-se que todas as referidas normas constitucionais respeitam os preceitos normativos internacionais, havendo, pois, efetividade formal dos direitos humanos sociais nesse sentido.

Porém, também se identificou que apesar de haver uma coerência e, em certa medida, até uma complementaridade, entre as legislações interna e internacional de proteção dos direitos humanos sociais, a plenitude da efetividade formal desses direitos ainda demanda a previsão, por parte das normas internacionais, de mecanismos jurídicos viabilizadores da sua justiciabilidade no plano internacional, bem como a atribuição de competência contenciosa à Comissão Sociolaboral do Mercosul e a harmonização das legislações sociolaborais dos Estados Membros, a fim de oportunizar a proteção do trabalhador estrangeiro no âmbito do bloco.

Assim, é preciso que o Mercosul seja tomado como instrumento concretizador da cooperação interestatal em termos econômicos, políticos, culturais e principalmente sociais, capaz de viabilizar a proteção do ser humano em todas as suas perspectivas através da garantia do mínimo existencial e da previsão de direitos humanos que figurem não como

normas programáticas e de realização progressiva, mas como normas fundamentais e de exigibilidade imediata no plano internacional.

Salienta-se que a efetividade dos direitos sociais no plano internacional, comumente nos países integrantes do Mercosul, é um assunto que pode e deve ganhar lugar nas grandes discussões acadêmicas, de modo a possibilitar que, num futuro próximo, posições ainda tímidas ganhem força, lugar e aplicabilidade no cenário jurídico internacional.

A presente dissertação não pôde nem pretendeu esgotar o assunto relativo à efetividade dos direitos humanos sociais, até porque nenhum estudo consegue ser tão exaustivo a ponto de proporcionar uma compreensão total do assunto por ele tratado. Buscou-se, em realidade, apenas construir uma visão crítica acerca da efetividade formal dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul e de seus instrumentos viabilizadores, sem fugir, ainda, do objeto delimitado.

Outrossim, reconhece-se que muitas das indagações relativas à efetividade dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul não foram respondidas nem por este trabalho nem pela doutrina em geral, mas é justamente a busca por respostas a estes questionamentos que motiva o aprofundamento da pesquisa acadêmica e faz com que o Direito seja um grande universo formado por indagações, argumentações, convencimentos, retrocessos e avanços.

Este trabalho é apenas o primeiro passo para o caminho que se pretende percorrer em torno da efetividade dos direitos humanos sociais no âmbito internacional, configurando-se como primeira porta que se abre em torno de uma discussão maior, que será aprofundada num futuro próximo, qual seja: A discussão acerca da efetividade material dos direitos humanos sociais no âmbito dos Estados Membros do Mercosul.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos sociales:** instrucciones de uso. México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: Der Staat n. 29 (1990).

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Mercosul:** fundamentos e perspectivas. São Paulo: LTR, 1988.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARÉCHAGA, Justino Jiménez de. **La Constitución Nacional**. Homenaje de la Cámara de Senadores. Tomo I. Montevideo, 1998.

ARTECONA, Marta Abella de; VILLADEMOROS, Fernando Rovira; GUARNIERI, Raquel. Remuneración del Trabajo. In: *El derecho laboral del Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.

ÁVIDA, Marília; SAMPAIO, Sílvia. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BABENI, Gregório. **Derecho constitucional, libertades y garantías**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.

BALMELLI, Carlos Mateo. **El desarrollo institucional**. Asunción: El Lector, 1995.

BAPTISTA, Luis Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (org.). **Mercosul: das negociações à implantação**. São Paulo: LTR, 1998.

BARBAGELATA, Hector Hugo. **Panorama de la legislación del trabajo**. Montevideo: Cultura Sindical, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Hermenêutica constitucional e eficácia dos direitos sociais**. Natal. 2007. 166 p. (Mestrado em Direito) Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

BARROS, Sérgio Rezende de. **Direitos humanos – paradoxo da civilização**. Rio de Janeiro: del Rey, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito & Justiça**, Porto Alegre. UFRGS, ano XXVII, v. 31, n. 1, 2005, pp. 67-119.

BASSO, Maristela (org.). **Mercosul – seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados membros**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva.

BEDJAQUI, Mohammed. **International law: achievements and prospects**. 1991. p. 1182 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez; VALLE, Hernandez. (coord.). **Los sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Dyckinson, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1998.

BURDEAU, Georges. **Traité de Science Politique**. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1949.

CALSING, Renata de Assis. **Possibilidades e limites da efetividade do direito internacional ambiental**: uma análise da CITES, Convenção da Basileia e Protocolo de Quioto. 2007. 293 f. Dissertação. (Mestrado em Direito das Relações Internacionais). Faculdade de Direito. UNICEUB.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado del derecho laboral**. Tomo I. Buenos Aires: El Gráfico, 1949.

CAMPOS German J. Bidart. **Los Sistemas constitucionales iberoamericanos**. Madrid: Dikson, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CASSESSE, Antonio. **Human rights in a changing world**. Philadelphia: Temple University Press, 1990.

CASTEX, Paulo Henrique. Os blocos econômicos como sociedade transnacional – a questão da soberania. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Mercosul: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CEZARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito social**. São Paulo: LTR/USP, 1980.

CHALOULT, Yves; ALMEIDA, Paulo Roberto de. **MERCOSUL, NAFTA E ALCA: a dimensão social**. São Paulo: LTR, 1999.

CONSENTINI, Francesco. **La reforma de la legislación civil y el proletariado**. Traducción Alberto Aguilar Arjona. Madrid: F. Beltrán, s.f.

COMPARATO, Fábio Konter. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTURE, Eduardo J; BARBAGELATA, Aníbal L. Las disposiciones económico-sociales em la Constitución Uruguaya. In: **Las cláusulas económico sociales em las Constituciones de América**. Buenos Aires: Losada, 1947.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CSN, in re: “Aranda x Capitanía de los Puertos del Litoral Fluvial s. amparo”, LA Ley, Suplemento de 2-6-93.

DAPKEVICIUS, Rubén Flores. **Manual de derecho público – derecho constitucional**. Montevideo – Buenos Aires: Júlio César Faria, 2007.

DEVEALI, Mario. **Tratado de derecho del trabajo**. Vol. 1. Buenos Aires: la Ley, 1964.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory & practice**. 2º ed. Ithaca: Cornell University Press, 2003.

DROMI, Maria Laura San Martino de. **Formación Constitucional Argentina**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

DRUMOND, Maria Cláudia e; MARQUES, Renato. **Mercosul: introdução e desenvolvimento**. Brasília: Senado Federal, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1985.

ESPIELL, Héctor Cros. **Los derechos económicos, sociales e culturales en el Sistema Interamericano**. San José: Asociación Libro Livre, 1986.

_____. ARTEAGA, Juan Jose. **Esquema de la evolución constitucional del Uruguay**. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e à Imagem versus A Liberdade de Expressão e Informação**. 2 ed. Porto Alegre: S. A. Fabris editor, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERREIRA, Lauro César Mazzeto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2007.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIORANELLI JÚNIOR, Adelmo. Desenvolvimento e Efetividade dos Direitos Sociais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 41, 1994, p. 14 e ss.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRESCURA, Luiz P. **Las cláusulas económico-sociales en las Constituciones de América**. v. 1. Buenos Aires: Losada, 1947.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GASPARINI, Caio Augusto Limongi. Efetivação dos Direitos Sociais dos Trabalhadores mediante a aplicação do Pacto Sociolaboral do Mercosul. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-21, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1998** (Interpretação e Crítica). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUÉTZEVICH, Boris Mirkine. **Modernas tendencias del derecho constitucional**. Tradução de Sabino Alvarez-Gendín. Madrid: Réus, 1934.

HARRIS, David; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Chris. **Law of the European Convention on Human Rights**. London – Dublin – Edinburgh, Buterwoths, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1998.

KANT, Immanuel. **Fundamentação para a metafísica dos costumes**: textos selecionados. 2º ed. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí; traduções de Tânia Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KREBS, Walter. In: Von Münch/Kunig. Grundgesetz-Kommentar. München: C. H. Beck, v. I, art, 19, II. N. 23, p. 617 apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007.

KRELL, Andréas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000.

KUNZLER, Jacob Paulo. **Mercosul e comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Rio de Janeiro: Manole, 2005.

LAMARCHE, Lucie. **Perspectivas ocidentales du droit international des droits économiques de la personne**. Bruxelas: Editions Bruylant, 1995.

LEÃO, Renato Zerbini R. **Os Direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

LEDESMA, Faúndez Héctor. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**: Aspectos Institucionales e Procesales. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

LEVENE, Ricardo; HERAS, Carlos; BENITEZ, J. Pastor. **História das Américas**. Vol. 5. São Paulo: Jackson, 1959.

LILLICH, Richard B. Civil Rights in Theodor Meron (ed), **Human Rights in international law**: legal and policy issues. Oxford: Clarendon Press, 1984 apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LINDGREN ALVES, José Augusto. O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil. **Arquivos do Ministério Público**, Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

LUIS, Denise de Souza. **Integração jurídico-social do Mercosul** – a necessidade do estudo da “saúde pública” como um dos segmentos dos direitos sociais. Curitiba: Juruá, 2002.

LUÑO, Antônio Henrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MACHADO, João Bosco M. **Mercosul**: processo de integração – origem, evolução e crise. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **La mise en Ouvre Du Droit International de l'environnement**. Centre d' études ET Recherches Internationales et Communautaire, Aix-en-Provence (France), Lês Notes de l' Iddri, nº 4, 2002.

MANGARELLI, Cristina. Reparación de los Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales. In: **El Derecho laboral del Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.

MATTOS, Cláudio Oliveira. A Constituição Paraguaia. In: SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2º Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social. **Revista de Direito Público**, n. 57-58, 1981, p. 233 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2007.

____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

____; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Direitos Fundamentais. Tomo I.

MODELL, Flávia Leda. **Direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais: dicotomia ou integração?** Disponível em: <<http://www.cjf.br/revista/artigo15.htm>>. Acesso em: 03 de fev. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES FILHO, Evaristo de. A Ordem Social na Emenda Constitucional n. 1. In: **Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1977.

MORÍNIGO, Ubaldo Centurion. **Los derechos del trabajador y el Mercosur**. Asunción: EDIPAR S.R.L, 1995.

MURRAY, Rachel. **The African Commission and the Court on Human and Peoples' Rights**, in RHONA, K. M. Smith; ANKER, Christien van den. *The essentials of human rights*.

O' BOYLE, Michael. **Reflections on the effectiveness of the European System for the Protection of Human Rights**, in Anne F. Bayefsky. *The UM Human Right System in the 21 Century*.

OLIVEIRA, Hermelino de (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PANGRAZIO, Miguel Angel. **Tratado de derecho público**. Asunción: S.R .L, 1996.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the Inter-American Court on Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PEROTTI, Alejandro Daniel. **Habilitación constitucional para la integración comunitária**. Montevideo: Univerdidad Austral, 2004.

PINTO, Mônica. Derecho Internacional de los Derechos Humanos: breve visión de los mecanismos de protección em el sistema interamericano. In: **Derecho internacional de los derechos humanos**. Montevideo, Comisión Internacional de Juristas/ Colégio de Abogados del Uruguay, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. MARTINS, Douglas (coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República – SEPPIR, 2006.

POLANY, Karl. A Grande Transformação: as origens de nossa. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

PRIETO, Justo José. Antecedentes Históricos. In: BELAUNDE, D. Garcia; SEGADO, F. Fernandez; VALLE, Hernandez. (coord.). **Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos**. Madrid: Dyckinson, 1992.

PRONER, Carol. **Direitos humanos, políticas públicas e Mercosul**. Observatório Político Sul-Americano. Análise da Conjuntura OPSA, n. 12, dez. de 2006. Disponível em: <<http://observatorio.iuperj.br>>. Acesso em 2 de maio de 2009.

QUINTANA, Linares. **Teoria e história constitucional**. Vol. 2. Buenos Aires: Alfa, 1958.

RADIL, Bernadino Cano. **Manual de derecho constitucional e político**. Asunción: Catena, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Gabriela Campos. A Constituição Uruguiaia. In: Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998.

RIPERT, Geoges. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Tradução de J. Cortezão. São Paulo: livraria Acadêmiva, Saraiva e Cia, 1937.

ROMITA, Arion Sayão (Coord.) **Curso de Direito constitucional do trabalho** – Estudos em Homenagem ao Professor Amauri Marcado do Nascimento. São Paulo: LTR, 1991.

_____. **Os direitos sociais na Constituição e outros estudos**. São Paulo: LTR, 1991.

ROSA, Elianne M. Meira. **Constitucionalismo social no Mercosul**. São Paulo: Themis, 2002.

RUCHEL, Ruy Rubens. A Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, n. 58, 1993, p. 291 e ss.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. **Estudos Avançados**. n. 12 (33) , 1998.

SANTOS, Antônio Carlos Viana; RULLI JÚNIOR, Antônio. **Mercosul** – espaços de integração, soberania, jurisdição, harmonização, cidadania, Tribunal de Justiça Supranacional e Parlamento do Mercosul. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e arbitragem internacional comercial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANTOS, Hermelino de Oliveira (Coord.). **Constitucionalização do direito do trabalho no Mercosul**. São Paulo: LTR, 1998.

SAN VICENTE, Osvaldo Mantero de. **Derecho del trabajo de los países del Mercosur**, Um estúdio del Derecho Comparado. Montevideu: Fundación de Cultura Universitária, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

____ (org.) **Direitos fundamentais sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36, n. 142, abr./jun. de 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_142/r142-17.PDF>. Acesso em 16 de dezembro de 2008.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Alfred A. Knopf, 1999.

SILVA, Floriano Correa Vaz da. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 39, 2007.

SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Constituição brasileira e tribunal de justiça do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 21º ed. v. 1. São Paulo: LTR, 2004.

TORRES, Ricardo Logo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério Público**. Brasília, v. 46, n. 182, pp. 27-54, jul./dez. 1993.

____. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

____. **Direitos humanos e meio ambiente** – paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993. p. 222-224.

____. **Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI**. Disponível em : <<http://www.dh.net.org.br.htm>>. Acesso em: 20 maio 2007.

____. **El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

____. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. vol. I. Porto Alegre: S. Antônio Fabris, 1997.

____. ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2º ed. San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.

____. Prólogo Del Presidente de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, In: **Medidas Provisionales** nº. 2. San José de Costa Rica, OEA/CIDH, Secretaría de La Corte, 2000.

____. Cançado Trindade questiona a tese de “gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. **Entrevista**. p. 1. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 de maio de 2009.

URIARTE, Oscar Remido. La Declaración Sociolaboral de MERCOSUR y su eficacia jurídica. In: **Reunión técnica internacional de especialistas en Derecho Laboral**: eficacia de la Declaración Sociolaboral de MERCOSUR. Buenos Aires: [s.n], 2002.

UNITED NATIONS. **Final Act of the International Conference on Human Rights**. Teheran, 22 April to 13 May 1968, New York, U. N, 1968, doc. A/CONF. 32/41, pp. 1-61.

VENTURA, Deisy. **As Assimetrias entre o Mercosul e a União Européia**: os desafios de uma associação inter-regional. São Paulo: Manole, 2003.

VIALARD, Antônio Vazquez. **Derecho del trabajo y la seguridad social**. 7 ed. Vol. 1. Buenos Aires: Ástrea, 1996.

VICENT, R. J. **Human rights and international relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1996.

WEISS, Edith Brown; JACOBSON, Harold k. **Engaging Countries**: strengthening compliance with international environments accords. Cambridge: MIT Press, 2000.

MERCOSUL. Regimento Interno do Foro Consultivo Econômico-Social do Mercosul.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto de Proteção Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto do Comitê de Direitos Humanos.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

SISTEMA AFRICANO DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Voto in RE 466.343-1/ São Paulo. Relator Min. Cezar Peluso. Data do Julgamento: 13/03/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. Habeas Corpus n. 87.585-8, Tocantins, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 12/03/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2º Turma. RE 410715 AgR/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, Julgamento: 22/11/2005. AI 677274/SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=reservadopossivel>>. Acesso em 29 de maio de 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. Convenção Européia de Direitos Humanos.